Die Haftung des Vertretenen für rechtswidriges Verhalten des Vertreters

(Unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwickelung und der Rechtsprechung)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt

von

Georg Mende
Referendar.

ACAD. LEGIS BIBL.

Greifswald
Druck von Julius Abel
1910.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Prof. Dr. Schott.

Korreferent: Prof. Dr. Leonhard.

Meinem lieben Vater in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543119_0147

Literaturverzeichnis.

(Die aufgeführten Schriften sind in letzter Auflage benutzt, im übrigen im Text genau zitiert.)

Altmann, Handbuch des deutschen Vereinsrechtes.
Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht.
Bieder, Haftung für fremde unerlaubte Handlungen, nach Schweiz. Oblig.-Recht (Zeitschr. für Schweiz. Recht, Bd. 27 S. 327 ff.
Biermann, Stellvertretung und Vollmacht (Festgabe für Dernburg).
Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1907.
Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden.
Bolze, Praxis des Reichsgerichts.
Brinz, Pandekten
Breitenstein, Haftung für fremdes Verschulden. Leipzig 1903.
Brückner, Die privatrechtliche Haftung für das rechtswidrige Verhalten Anderer.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte.
Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB. und des gemeinen Rechts.
— Stellvertretung.
Burchardi, Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen. 1861.
Canstein, in Busch's Archiv XXX S. 354 ff. und XXI S. 288.
Cosak, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
— Lehrbuch des Handelsrechts.
Crome, Französisches Zivilrecht.
— System des Bürgerlichen Rechts.
Dernburg, Pandekten.
— Bürgerliches Recht.
— Lehrbuch des Preußischen Privatrechts.
Dreyer, Gutachten auf dem 17. deutschen Juristentage. Bd. I S. 46 ff.
Eck, Vorträge über das Recht des BGB.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
— Handbuch des Handelsrechts.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht.
Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden.
Fels, Außerkontraktliche Schadensersatzpflicht. Gruchot, Bd. 35.
Fischer, K., Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens nach dem BGB. 1904.
Fischer-Henle, Handausgabe des BGB.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht.
Gareis, Allgem. Teil des BGB.
Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht.
— Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung.
— Deutsches Privatrecht.
— Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffes.
— Entwurf eines BGB.s für das deutsche Reich.
Goldschmidt, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen. Zeitschrift des Handelsrechts, Bd. 16.
— -Lilienthal, Kommentar zum BGB.
Gysler, Haftung für fremde culpa. Zürich 1892.
Hertz, Rechtscharakter der Stellenvertretung nach § 31 und § 164. Rostock 1905.
Hellmann, Lehre von der Stellvertretung.
Hafter, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände.
Hasse, Die culpa des römischen Privatrechts.
Hartwig, Haftung juristischer Personen für Delikte. Diss. 1899.
Hupka, Vollmacht.
Hölder, Kommentar zum BGB.
— Natürliche und juristische Person.
— Amt, Selbstverwaltung und juristische Person. Arch. für Öffentl. Recht 21, S. 308.
Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB.
Ihering, Geist des römischen Rechts.
— Das Schuldmoment im römischen Recht.
Kißling, Der Rechtsschutz der einzelnen gegenüber der Gesamtheit und deren Organe.
Klingmüller, Haftung für die Vereinsorgane. III. Heft von Leonhard. Studien.
— Jurist. Zeitung 1902 S. 172 und 269.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Korn, In der Festgabe der Rechtsanwaltschaft des K. G. für Wilke zum 11. IX. 1900.
Koch, Allgemeines Landrecht.
Kuhlenbeck, Das BGB. für das deutsche Reich.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB.
Krüger, Die Haftung der juristischen Person aus unerlaubten Handlungen.
Leonhard, Gutachten. 17. Deutsch. Juristen-Tag.
— Das Recht des BGB.
Levy, Begriff und Rechtsnatur der Korporationsorgane nach BGB. Diss. 1904.
Leske, Das BGB. und das ALR.
Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB.
— Lehrbuch des Strafrechts.
Löning, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigem Verhalten seiner Beamten.
Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Maaser, Erläuterung von § 166 BGB. Diss. 1902.
Meurer, Die juristische Person nach deutschem Reichsrecht.
Meisner, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse.
— Das ALR. und der Entwurf des BGB.
Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung.
— Schadenhaftung ohne Verschulden. (Österr. Zentralbl. f. d. jur. Praxis), Bd. 15.
Mommsen, Erörterungen, Bd. II.
Mommsen, W., Natur und Erteilung der Vertretungsmacht 1899.
Mugdan, Materialien zum BGB.
Nußbaum, Haftung für Hülfspersonen, 1898.
Nöldeke, Außerkontraktliches Verschulden. Gruchot Bd. 41.
Oertmann, Kommentar zum BGB.
— Recht des Schadensersatzes. (Allg. Österr. Gerichtszeitg. Jg. 49).
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch.
Planck, Das BGB. erläutert.
Pfeiffer, Außerkontraktliche Haftpflicht nach § 831.
Philipp, Stellung des § 278 zu § 831.
Preuß, Stellvertretung und Organschaft. Iherings Jahrb. Bd. 44.
Rang, Haftung des Schuldners nach Gem. Recht.
Rehbein, Das BGB.
Regelsberger, Pandekten.
Reuß, Haftung Dritter, 1906.
Reineke, Haftung der juristischen Person. Diss. 1900.
Riedel, Gesetzliche Haftung bei unerlaubten Handlungen. Recht 1907.
Rhomberg, Körperschaftliches Verschulden.
Rümelin, Culpahaftung und Kausalzusammenhang. Arch. f. ziv. Pr. Bd. 88 S. 285 ff.

Rümelin, Handeln im fremden Namen.
Savigny, Obligationenrecht. Arch. 93 S. 171.
Sänger, Erläuterung des § 31 BGB. Diss. 1903.
Scherer, BGB.
Scheffer, Theorien über das Wesen der juristischen Person. Diss. 1904.
Schütz, Haftung für Verschulden von Gehilfen.
Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung.
— Organ und Stellvertretung. Iherings Jahrb., Bd. 44.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse.
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung. (Iherings Jahrb.)
Schneider, Schweiz. Obligationenrecht.
Soergel, Rechtsprechung.
Staub, Kommentar zum alten HGB. 5. Aufl.
— Kommentar zum neuen HGB. 6. u. 7. 8. Aufl.
Staudinger, Kommentar zum BGB.
Stobbe, Deutsches Privatrecht.
Thoel, Handelsrecht.
Ubbelohde, Haft. des Schuldners für Personen, deren er sich zur Erfüllung von Verbindlichkeiten bedient. (Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 7.)
Unger, Handeln auf eigene Gefahr.
— Verhandlungen des 17. Deutsch. Juristentages. II.
Waentig, Über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen (Röm. u. gem. Recht).
Wendt, Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. (Arch. f. z. P. Bd. 92).
Werner, Vertragshaftung und außerkontraktliche Haftung. Recht 1904.
Westmann, Die Rechtsstellung des Vorstandes eines rechtsfähigen Vereins.
Wertheimer, Haftung des Schuldners für seine Gehilfen. 1900.
Weyl, Das Verschulden im BGB. (Arch. f. Prax. Bd. 14.)
Windscheid-Kipp, Pandektenlehrbuch.
Wüstendörfer, Der § 278 des BGB. im Lichte des römischen Rechts. 1897.
Wyß, Haftung für fremde culpa nach röm. Recht. 1867.
Zachariae von Lingenthal-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts.

1. Teil.

Zum Verständnisse und zur Begrenzung des Themas bedarf es zunächst der Feststellung der in ihm vorkommenden Begriffe: Haftung, widerrechtliches Verhalten und Vertretung.

In den Fällen, in denen eine Person oder Sache für etwas einzustehen hat, spricht das B.G.B. bald von Haftung, bald von Verantwortlichkeit. Es versteht unter Haftung[1]) das Einstehenmüssen für eine Schuld, unter Verantwortlichkeit das Einstehenmüssen für ein Verhalten, und es gebraucht demgemäß das Wort Haftung sowohl inbezug auf Personen als auch auf Sachen, wie z. B. § 1654 und 1210, hingegen das Wort Verantwortlichkeit nur inbezug auf Personen, wie z. B. in § 827 B.G.B. — Einzustehen hat man nun zunächst in der Regel für eigenes Verhalten, die Rechtsordnung verlangt aber in bestimmten Fällen auch ein Haften für andere. Von einer solchen Haftung für ein Verhalten anderer soll auch in vorliegender Abhandlung die Rede sein, und zwar von der Haftung des Vertretenen für rechtswidriges Verhalten[2]) des Vertreters.

Verhalten ist gleichbedeutend mit Tun und Unterlassen. Es ist rechtswidrig, wenn durch das Tun ein unbefugter Eingriff in fremde Interessensphären erfolgt, oder das Unterlassen eine rechtliche Pflicht zum Handeln verletzt. Es ist nicht rechtswidrig, wenn der Handelnde durch Gesetz (z. B. § 906) oder Vertrag zu

---

1) Vgl. v. Amira, Nordgerm. Obl.R. Bd. I 1882. Iherings Jahrbücher Bd. 50 S. 55, Bd. 48 S. 187.

2) Vgl. v. Liszt, Deliktsobl. S. 10 ff., S. 85 und S. 101. Oertmann S. 552, S. 568. Planck II S. 599, 609. Fischer-Henle zu § 823. Fels in Gruchots Beitr. 1891 S. 12. R.G.E. Bd. 50 S. 66.

diesem Handeln berechtigt ist, wenn der verfügungsberechtigte Beschädigte in die Handlung einwilligte und nicht etwa durch diese ein Gesetz verletzt wird, das den Verletzten auch gegen seinen Willen schützen will.

Widerrechtlichkeit [3]) ist ferner ausgeschlossen im Falle der Selbstverteidigung, d. h. der Notwehr (§ 227, § 859) und des Notstandes (§ 228) und im Falle der Selbsthilfe (§ 229) (231 ꝛc.).

Nicht widerrechtlich ist schließlich eine Handlung dann, wenn sie auf Grund eines bindenden Befehls, z. B. in Ausübung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe, vollzogen wird. Ob objektiv rechtswidriges Verhalten eine Verantwortlichkeit nach sich zieht oder nicht, läßt sich einheitlich nicht beantworten. Inwieweit rechtswidriges Verhalten des Vertreters den Vertretenen verantwortlich macht, ist Gegenstand der Aufgabe.

Nachdem so die Bedeutung der Begriffe Haftung und widerrechtliches Verhalten festgestellt ist, bleibt nur noch der Begriff Vertreter zu definieren.

„Obwohl das Wort Vertretung [4]) im B.G.B. ein genau bestimmter Rechtsbegriff ist, begegnet uns trotzdem auch die Bezeichnung Vertreter im weiteren Sinne. Wie das Leben schwerlich aufhören wird, auch in anderen Fällen der Besorgung fremder Angelegenheiten von Vertretung zu reden, so daß bezüglich dieser scharf zu unterscheiden ist zwischen der allgemeinen Bedeutung des Wortes nach dem Sprachgebrauch des Lebens und seiner Bedeutung als eines juristischen Kunstausdrucks, spricht auch das B.G.B. von Vertretern im Sinne solcher Personen, die eine Angelegenheit nicht als die ihrige besorgen".

Bei dem Begriff „Stellvertretung" ist nun eine schon im Gesetz sich vorfindende Zweiteilung zu machen; es gibt nämlich Stellvertreter, deren Vertretungsmacht auf Gesetz beruht und solche, denen sie durch Rechtsgeschäft, Vollmacht, erteilt ist. Die gesetzliche Stellvertretung tritt nur in den vom Gesetz festgestell-

3) Linkelmann, Schadensersatzpfl. S. 77, 82. Liszt, Lehrb. d. St.R. § 54 IV. Olshausen, Kommentar zum St.G.B. Erl. zu § 223.
4) Hölder S. 147.

ten, besonderen Fällen ein. Die rechtsgeschäftliche Stellvertretung ist im Prinzip allgemein zugelassen. Insofern stimmt das B.G.B. mit anderen Gesetzbüchern, so dem A.L.R. I 13 § 1, und dem sächsischen B.G.B. § 101 überein [5]). Gesetzliche Ausnahmen von diesem Prinzip sind jedoch gemacht im Gebiete des Familien- und Erbrechts, z. B. §§ 1307, 1317, 1336, 1337 $_2$ usw. Eine Verallgemeinerung dieser Ausnahmen ist jedoch unzulässig [6]).

Soweit im heutigen Rechte nun von Stellvertretung die Rede ist, handelt es sich immer um die direkte oder unmittelbare Stellvertretung, d. h. um die Vornahme eines Rechtsgeschäfts im Namen einer oder mehrerer bestimmter anderer Personen.

Der erst der modernen Rechtssprache entstammende Ausdruck „Vertretung" war noch dem A.L.R.[7]) fremd. Hier wurde das entsprechende Rechtsinstitut „Vollmachtsauftrag" genannt und dahin definiert: „Die Willenserklärung, wodurch einer dem anderen das Recht erteilt, ein Geschäft für und statt seiner zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt." Auch den Römern, die übrigens die direkte Stellvertretung nur ausnahmsweise zuließen, war hierfür ein technischer Ausdruck unbekannt. Unter procurator verstanden sie Vertrauenspersonen eines Bürgers, die ständig für ihn tätig waren, ohne daß man jedoch hier von Stellvertretung im Rechtssinne hätte sprechen können.

Im heutigen Rechte [8]) scheidet aus dem Begriff Stellvertretung (nach der gegebenen Definition) aus die sog. indirekte Stellvertretung, die dann vorliegt, wenn zwar im Interesse und für Rechnung des Vertretenen, nicht aber in seinem, sondern im Namen des Abschließenden gehandelt wird.

---

5) R.G.E. Bd. 18, 251; Bd. 30, 141.

6) R.G. in Jur. Wochschr. 1906 S. 357.

7) A.L.R. I 13 § 5.

8) Dagegen Schloßmann, Lehre v. d. Stellvertr. 1901, 1902. Dafür z. B. Brinz-Lothmar, IV § 578,2. Dernburg I § 118. Hellmann, Ztschr. f. ziv. Pr. XXXI S. 346 ff. Hupka, Vollmacht S. 23. Enneccerus § 167. Eck, Vortr. I S. 177. Windscheid I § 73 S. 346. Rümelin, Handeln i. fr. N. S. 131 f.

Während also bei der direkten Stellvertretung der Vertretene als Geschäftsherr erscheint, ist bei der indirekten, der sog. Vertreter Geschäftsherr [9]), und es bedarf erst eines Übertragungsaktes, damit der Vertretene aus dem Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet werde.

Ferner sprechen wir von Stellvertretung nur, wenn es sich um Vertretung im Willen handelt, d. h. wenn der Vertreter durch Erklärung seines Willens im Namen des anderen dessen Willenserklärung ersetzt. Ob dabei die Willensbildung seitens des Vertreters mehr oder minder selbständig vonstatten geht, ist belanglos. Es scheidet demgemäß aus die Stellvertretung in der Erklärung [10]) und im bloßen Handeln. Dadurch, daß der Vertreter in irgend einer Beziehung den Entschluß zu dem Geschäft selbst faßt und sich als den Urheber der Willenserklärung ausgibt, unterscheidet er sich vom Boten, der lediglich Erklärungswerkzeug ist [11]). Dieser gibt nur die ihm aufgetragene Willenserklärung mit genau demselben Inhalt wieder, ohne selbst bei der Willensbildung tätig geworden zu sein. — Oft wird allerdings schwer zu unterscheiden sein, ob der Betreffende Bote oder Stellvertreter ist [12]), ebenso ob in eigenem Namen als Einzelperson oder im eigenen Namen als Fremdperson, als Vertreter eines anderen, gehandelt wird. — Stellung eines Boten nimmt auch der Vermittler oder Vertragsgehilfe ein [13]). Er schließt nicht selbst Rechtsgeschäfte ab, sondern vermittelt nur die beiderseitigen Willenserklärungen, hilft also den Geschäftsabschluß herbeiführen.

Bei der Stellvertretung im technischen Sinne handelt es sich ferner nur um Vertretung gemäß § 164 ff. B.G.B.

---

9) Dernburg I § 117,2.

10) Rehbein I R.O.H.G. Bd. 6 Nr. 91, Bd. 15 Nr. 10.

11) R.O.H.G. 2 S. 402, 436; 13 S. 328; 18 S. 200; 20 S. 311. Strieth, Arch. 87 S. 367. Entsch. d. Ob.Tr. (Rehb.) II Nr. 236a.

12) Vgl. Beisp. bei Cosak I § 66 S. 232.

13) B.G.B. § 652 ff., §§ 84, 93; R.G.E. 12 S. 15; 30 S. 29, 214; 36 S. 245.

Es gehören nicht hierher die Verfüger über fremde Rechte[14]), wenn auch einige Vorschriften über Stellvertreter bei ihnen Platz greifen[15]). Es sind dies die Nachlaß-, Konkurs- und Zwangsverwalter, sowie Testamentsvollstrecker. Diese handeln nämlich nicht im Namen und Interesse bestimmter Personen, sondern zur Durchführung der ihnen im allgemeinen, jedenfalls nicht auf bestimmte Personen beschränkten Interesse gestellten Aufgabe.

Ob die Organe der juristischen Person als Vertreter im oben festgestellten Sinne anzusehen sind, mag vorläufig dahingestellt bleiben. Die Normen über Haftung der juristischen Person sollen, da die Behandlung dieser Frage ein näheres Eingehen auf das Wesen der juristischen Person selbst erfordert, im zweiten Teile dieser Arbeit behandelt werden. Hier haben wir es vorläufig nur mit der Haftung der natürlichen Person zu tun.

Daß man nicht bei Abschluß eines Vertrages zu Gunsten Dritter von Stellvertretung im technischen Sinne sprechen kann, bedarf wohl kaum der Erwähnung; bei diesem Rechtsgeschäfte ist der Abschließende Geschäftsherr, wenn auch das Rechtsgeschäft seiner Bestimmung gemäß hinsichtlich der Rechtslage eines Dritten Rechtswirkungen hervorbringt.

Es dürfte nicht unangebracht sein, um die allgemeine Grundlage für die folgenden Erörterungen zu schaffen, auf die Frage einzugehen, ob Stellvertretung auch bei Delikten möglich ist. Diese Frage ist zu verneinen. Stellvertretung kann sich nur auf Rechtsgeschäfte beziehen, bei Delikten gibt es keine Stellvertretung, hier kann man höchstens von Anstiftung oder Mittäterschaft sprechen. Daß aber trotzdem, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, der Vertretene unter Umständen für deliktisches Handeln des Vertreters haftet, daß ihm dieses Han-

14) Fischer-Henle S. 87.

15) O. Fischer, Recht u. Rechtsch. S. 44. Schott, Armenrecht S. 70 ff. Beide in „Abh. zum Privatrecht von Fischer." B.G.B. § 1985; K.O. § 6 u. § 82; Z.V.G. §§ 150, 154; B.G.B. § 2205; Z.P.O. §§ 327, 728, 748.

deln wie ein eigenes angerechnet wird, liegt nicht etwa in einer Vollmacht zur Vornahme dieser rechtswidrigen Handlungen, sondern es handelt sich lediglich um eine Vollmacht zur Geschäftsführung [16]), welche gesetzlich nach sich zieht, daß der Vertretene für die Folgen dieser Geschäftsführung, namentlich für den durch dieselbe herbeigeführten Schaden, mitverhaftet ist.

Denn [17]) „die Fähigkeit, im Verkehr durch Ausübung einer Willensmacht Rechtsgüter zu erwerben, birgt zugleich in sich die Möglichkeit, durch diese Machtbetätigung fremde Herrschaftskreise zu verletzen".

Das den Grund der Haftung des Vertretenen bildende rechtswidrige Verhalten des Vertreters kann entweder innerhalb von Schuldverhältnissen vorkommen oder außerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses sich betätigen, sodaß erst durch das rechtswidrige Verhalten ein solches betreffs der Schadensersatzpflicht begründet wird.

Zunächst soll der erste Fall rechtswidrigen Verhaltens des Vertreters, nämlich innerhalb eines Schuldverhältnisses, behandelt und an erster Stelle ein Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung dieser Normen getan werden.

Dem römischen Recht [18]) war eine direkte Stellvertretung, also eine Stellvertretung im technischen Sinne, anfänglich unbekannt. Zwar fiel nach älterem römischen Rechte aller Erwerb des Sklaven und Hauskindes und nach justinianischem Recht aller Erwerb der Sklaven und aller mit väterlichem Vermögen gemachter Erwerb des Hauskindes ohne weiteres dem pater familias zu. Es ist aber dieser Fall unmittelbaren Rechtserwerbs durch andere durchaus nicht mit Stellvertretung zu identifizieren. Einmal lag der Grund für den Anfall lediglich darin, daß die Sklaven und Hauskinder mit dem Hausvater eine wirtschaftliche Einheit bildeten, und daß die Sklaven kein von ihrem Herrn verschiedenes Rechtssubjekt, sondern gewisser-

16) R.G.E. Bd. 10 S. 301 ff.
17) R.G.E. Bd. 15 S. 127.
18) Mitteis S. 9.

maßen nur Organe des Hausherrn waren. Sodann vollzog sich der Erwerb für den dominus selbst ohne Willen des Untergebenen und ohne Wissen und Willen des Herrn. Endlich hätte sich auch die direkte Stellvertretung in Widerspruch gesetzt mit der altrömischen Auffassung, wonach die Vornahme von Rechtsgeschäften für andere als eines freien Mannes nicht würdig galt, auch ein jeder seine rechtlichen Verhältnisse selbst gestalten sollte. Ging man doch in der Durchführung dieser Auffassung so weit, daß man eine Erwerbsvermittelung durch eine freie Person für unzulässig [19]) erklärte: per liberam personam nobis adquiri non potest, und auch davon ausging, daß das Mündel die ihn betreffenden Rechtshandlungen, wenn auch unter einer tutoris auctoritatis interpositio, selbst vornahm, ein Grundsatz, an dem auch noch festgehalten wurde [20]), nachdem bereits die gesteigerten Verkehrsbedürfnisse, die nach einer Zulassung der Stellvertretung hindrängten, die Wege für sie geebnet hatten.

Abgesehen von der Zulässigkeit der Stellvertretung beim Besitz- und dem dadurch vermittelten Eigentumserwerbe und Pfandrechtserwerbe, hatte nämlich das Institut der indirekten Stellvertretung [21]) durch prätorisches Recht eine eigenartige Entwickelung in den sogenannten adjektizischen Klagen, namentlich der actio institoria und exercitoria gefunden; denn während bisher der institor, der an der Spitze eines fremden Erwerbsgeschäftes gestellt war, und der magister navis, der vom Reeder — exercitor — angestellt ist, nur sich persönlich berechtigen und

19) Gaii Just., II § 95. Pauli Sent., V 2 § 2; l. 11 § 6 Dig. 13,7; l. 126 § 2 Dig. 45,1; l. 1 pr. C. 4,27. Schloßmann, Besitzerw. 47 ff.; ders., Stellvertr. II § 26 S. 194 ff.

20) Dernburg I § 118. Windscheid I § 73. Hölder S. 300. Dagegen: Savigny, Obl.R. II S. 21. Schloßmann, Besitzerw. S. 78 ff. Ders., Stellvertr. II S. 153 ff. Hellmann, Stellv. S. 39 ff.

21) Windscheid I § 346 S. 348 ff. Anm. 11. Mitteis S. 51 ff. Schloßmann, Bes. 161 ff. l. 41 D. 41,3; l. 1 C. 7,32; § 5 Just. 2,9; l. 20 § 2 Dig. 41,1 „hoc edicto non transfertur actio, sed adicitur". l. 5 § 1 Dig. 14,1.

verpflichteten, wenn sie auch im Namen des Gewalthabers handelten, sicherte der Prätor den Gegenkontrahenten dadurch, daß er ihm die actio exercitoria bezw. institoria gegen den dominus gab, und dieser nunmehr neben dem das Geschäft Abschließenden — (gegen den die betr. Vertragsklage ging) — haftete. Als später beide Klagen auch dann gegeben wurden, wenn ein Freier in dem betreffenden dauernden Abhängigkeitsverhältnis zu dem dominus stand, und als die actio institoria als quasi institoria ad exemplum institoriae darüber hinaus auch dann gegeben wurde, wenn es sich um ein einzelnes auf Grund einer Vollmacht von einem Freien vorgenommenes Rechtsgeschäft handelte, kam dies dem Wesen der wahren Stellvertretung recht nahe. Diese Klagen bildeten daher auch einen Übergang zur unmittelbaren Stellvertretung, was sich auch z. B. darin zeigte, daß der Geschäftsherr für das rechtswidrige Verhalten des institor haftete, was allerdings nicht unbestritten ist (vergl. l. 5. § 8 u. § 10 Dig. 14. 3). Diese der direkten Stellvertretung sehr nahe kommenden Klagen setzen alle voraus, daß ersichtlich für fremde Rechnung, aber in eigenem Namen gehandelt wurde. Doch unterschieden sie sich von unmittelbarer Stellvertretung dadurch, daß sie nicht gegen den Geschäfts h e r r n allein, von der unmittelbaren dadurch, daß sie nicht gegen den Geschäfts f ü h r e r allein gingen.

Ob der Geschäftsherr, wie oben erwähnt, für rechtswidriges Verhalten des institor haftete, ist bestritten, kann aber füglich unerörtert bleiben, da es sich nicht um eine Haftung des Vertretenen als solchen im technischen Sinne handelte. Bei diesem Stande verblieb das römische Recht noch lange.

Das deutsche Recht, das einen Einfluß hätte äußern können, kannte das Institut der unmittelbaren Stellvertretung ebensowenig, wie das römische Recht. Schenkungen an die Kirche z. B. erfolgten nicht dadurch, daß der zu schenkende Gegenstand etwa dem das Heiligtum verwaltenden Priester oder der Gemeinde, sondern indem dem Schutzheiligen der Kirche selbst durch Niederlegen auf dem Altare das betreffende Geschenk gegeben wurde,

woran sich noch heute Anklänge finden, z. B. in dem Sammeln von Gaben in einem unterhalb eines Heiligenbildes angebrachten Opferstock. Die Übergänge aber zu dem Institut der direkten Stellvertretung — die Vertretung in den Fällen echter Not und das Institut der Salmannen — waren zu schwach, als daß sie den durch das römische Recht gegebenen Zustand hätten ändern können.

Einigen Einfluß übte erst das kanonische Recht, c. 68 in VI. 5. 13: „potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum", und anders wurde es, als unter der Herrschaft des gemeinen Rechts die naturrechtlichen Lehren des 17. Jahrhunderts sich geltend machten. Die direkte Stellvertretung wurde kraft Gewohnheitsrechts zugelassen, doch nun entbrannte der Kampf der Theorien über das Wesen der Stellvertretung. Es entstand die Frage, ob der vom Vertreter geschlossene Vertrag in dessen Person oder in der des Vertretenen zustande komme, ob der Vertreter oder der Vertretene handele, oder ob der Vertrag entstehe durch Mitwirkung beider. Die Entscheidung dieser Fragen ist von großer Wichtigkeit, besonders für unser Thema.

Wäre nur der Vertretene der Handelnde, so würde eine Haftung für rechtswidriges Verhalten des Vertreters wohl naheliegen. Wäre dagegen nur der Vertreter der Handelnde, dann läge das Umgekehrte nahe.

Endlich müßte man im Falle des Zusammenwirkens beider annehmen, daß auch die Haftung sich auf beide erstrecke.

Kommen wir nun näher auf die einzelnen Theorien zu sprechen.

Savigny[22]) und seine Anhänger[23]) vertreten die Ansicht, daß bei der Stellvertretung nur eine Willenserklärung, und zwar die des Vollmachtgebers vorhanden sei. Er ging von

---

22) Savigny, Obl.R. II S. 57.

23) Ruhstrat, „Über Sav.s Lehre". S. 42. Derf. im ziv. Arch. XXX S. 349. Scheurl, Kritische Überschau S. 335. Dernburg, Heidelb. Krit. Zeitschr. I S. 16ff. Hellmann, Stellv. S. 8ff. Canstein in Buschs Arch. XXX S. 354 und XXI S. 288ff.

dem römischen Grundsatze aus, daß man nur durch eigene Willensbetätigung imstande sei, Rechtswirkungen für die eigene Person hervorzubringen. Der Bevollmächtigte sei bloß Organ des Vollmachtsgebers, wie der römische nuntius; der Vollmachtgeber sei der allein Handelnde.

Andere meinten das Vorhandensein zweier Willenserklärungen bejahen zu müssen. Und zwar sah die von Thöl[24]) begründete Theorie vom „Doppelvertrage" zwei aufeinander folgende Willenserklärungen als vorliegend an: die Erklärung des Vertragswillens des Bevollmächtigten, sodann die auf ihrer Grundlage erfolgte, durch den Bevollmächtigten erzeugte Willenserklärung des Vollmachtgebers.

Hingegen meinte Mitteis[25]), daß das Rechtsgeschäft durch das Zusammenwirken von Vertreter und Vertretenen zustande komme und ihr gemeinsamer Wille den gewünschten Erfolg erzeuge.

Die Anhänger der herrschenden Meinung[26]), der sogenannten „Repräsentationstheorie" endlich, verfechten die Ansicht, — allerdings die einzelnen mit einigen Modifikationen — (so Windscheid unter Zuhülfenahme einer Fiktion), daß nur der Vertreter das Geschäft abschließe, die Rechtswirkungen seines Vertrages aber direkt auf den Geschäftsherrn übertragen würden; der dominus an sich trete nur bei dem Rechtsakte der Bevollmächtigung in Tätigkeit, die außerhalb des Hauptgeschäfts liege.

Welcher dieser Theorien das B.G.B. folgt, ist bestritten.

---

24) Thöl, Handelsr. 6. Aufl. I §§ 69ff. S. 229.

25) Mitteis, Lehre v. d. St. S. 109ff. 182ff. Dernburg Pandekten I § 117 S. 270.

26) Buchka, Stellv. S. 206. Unger, Syst. II § 90 S. 31. Laband, Goldsch. Zeitschr. X 226. Ihering, Geist d. r. R. § 59. Ders. in s. Jahrb. IV S. 54. Karlowa, Rechtgesch. u. s. Wirk. S. 55. Windsch., Pand. I § 73 Not. 16. Wächter, Württ. Pr.R. II 676. Curtius, Arch. f. z. Pr. 58 S. 70. Brinz, Krit. Bl. Nr. 2 S. 4. Hupka, Vollm. S. 39 Nr. 2.

Nach der herrschenden Ansicht[27]), die auch in den Motiven II S. 226 und den Protokollen I S. 141 ausgesprochen wird, vertritt es die Repräsentationstheorie. Einige Autoren[28]) hingegen glauben in den Bestimmungen des B.G.B. die Mitteisische Theorie wiederzufinden.

Eine dritte, eigene Theorie vertritt Schloßmann, auf die nur hiermit hingewiesen sein mag.

Für unsere Abhandlung kommt sie nicht inbetracht, sondern nur die beiden Theorien, die den Anspruch erheben, durch das B.G.B. ihren Entwicklungsabschluß gefunden zu haben.

Man müßte nun meinen, — und dem ist auch so — daß diese verschiedenen theoretischen Konstruktionen auch zu praktisch verschiedenen Resultaten hätten führen müssen, woraus man dann einen Schluß auf die Richtigkeit und praktische Verwertbarkeit der Theorie hätte tun können.

In verschiedenen wichtigen Fragen, die schon im römischen Recht entschieden sind, findet sich keine Divergenz, so bei der Frage betr. der Wirkung vom dolus, culpa, mala und bona fides des Vertreters auf den Geschäftsherrn. In der Entscheidung selbst stimmen sie also überein, dagegen suchen die Anhänger jeder dieser Theorien mit mehr oder weniger Konsequenz aus der Entscheidung einen Schluß auf die Entscheidungsgründe zu ziehen und suchen darin natürlich irgend welche Anhaltspunkte zu finden für die gerade von ihnen vertretene Ansicht.

Was nun die Haftung des Geschäftsherrn für rechtswidriges Verhalten des Vertreters anbelangt, so stimmen diese genannten Theorien fast durchgehend darin überein, daß gehaftet wird, doch weichen sie hinsichtlich der Frage, inwieweit gehaftet wird, von einander ab.

---

27) Planck I S. 210. Hölder § 166. Staudinger S. 47,1. Endemann I § 80. Enneccerus I § 169 S. 424. Rehbein I S. 256. Kohler I S. 430. Matthiaß § 56. Eck § 96.

28) Dernburg I § 168. Crome I § 103 S. 455. Cosak I § 67 II. Leonhard in Ecks Vortr. § 36.

Von den Vertretern der Savignyschen Theorie will Dernburg[29]) den dolus des Vertreters dem Vertretenen zugerechnet wissen. Zum gleichen Ergebnisse kommt Hellmann, der den Vertretenen ebenso haften lassen will, als wenn er den dolus selbst begangen hätte.

Auch Thöl[30]) entscheidet sich für die Haftung des Prinzipals.

Die Anhänger der Repräsentationstheorie wollen ebenfalls den Vertretenen schlechthin für jedes Verschulden des Vertreters haften lassen.

Dagegen lehnt Canstein[31]) die Haftung des Vertretenen ab, es sei denn, daß ihn Mitschuld oder culpa in eligendo zur Last gelegt werden könne, eine Ansicht, die die Konsequenz der Savignyschen Theorie bildet.

Mitteis (a. a. O. S. 290) endlich entscheidet sich zwar für die Haftung, „will sie aber nur auf die Haftung für Verschulden des Vertreters bei Verträgen im Verhältnisse zum Mitkontrahenten eingeschränkt und bei rechtswidrigem Verhalten des Vertreters außerhalb des Vertragsverhältnisses ausgeschlossen wissen" (S. 292).

Die herrschende Meinung nahm also jedenfalls eine fast unbeschränkte Haftung des Vertretenen für alle auch nur bei Gelegenheit eines Vertragsabschlusses, also außerhalb des Vertrages liegenden Erklärungen an[32]).

Insbesondere kam sie zum Ausdruck auf handelsrechtlichem Gebiete. Sie fand Anerkennung durch Art. 52 des allg. H.G.B. vom 5. Juni 1869. Ihr Einfluß zeigt sich demgemäß in der Judikatur, so z. B. in der äußerst häufig zitierten Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[33]), auf die näher eingegangen werden soll.

---

29) Dernburg, Krit. Ztschr. I S. 21.
30) Thöl, H.R. § 86.
31) Canstein in Buschs Arch. 21 S. 286.
32) Windscheid-Kipp I § 73 18.
33) R.O.H.G. Bd. 6 S. 403.

In Frage stand, ob der Prinzipal für die bei Eingehung eines ihn an sich verbindenden Rechtsgeschäfts von dem Prokuristen begangenen Betrug nach römischem Rechte und Handelsrechte in gleichem Umfange einzustehen habe, ob er also für den Schaden verantwortlich sei, den der Prokurist dadurch verursacht hatte, daß er verschiedenen Kunden Coakseisen als reines Holzkohleneisen verkauft hatte.

Das R.O.H.G. entschied, daß dem Prinzipal die vom Prokuristen bei Eingehung von Rechtsgeschäften verübten Betrugshandlung so zuzurechnen sei, als hätte er selbst solche begangen, und daß der entstandene Anspruch den Geschädigten gegen ihn in gleichem Umfange wie gegen den Prokuristen zustehe.

Die Entscheidung begründete dies damit, daß nach römischem Recht dort, wo unmittelbare Stellvertretung zugelassen war, ebenso gehaftet würde. Sie verwies auch auf die Entstehungsgeschichte des Art. 52. Schon im römischen Rechte, so führt sie aus, habe der Vollmachtgeber ganz so für die rechtlichen Folgen eines Betruges einzustehen gehabt, als ob er ihn selbst begangen habe. Unvereinbar mit dem Repräsentationsprinzip des modernen Rechts sei aber das dem römischen Rechte eigentümliche Wahlrecht, wonach sowohl der Bevollmächtigte, als auch der Prinzipal belangt werden könnte [34]). Jetzt könne sich der Kontrahent nur an den Prinzipal halten. Gleichwohl sei im heutigen Rechte der Umfang der Haftung derselbe wie im römischen Rechte. Der Prinzipal habe mithin, ebenso wie ihm ein gegen den Vertreter geübter Betrug nütze, auch umgekehrt dessen Arglist, dessen Verschuldung bei Eingehung des Vertrages zu vertreten.

Auch in verschiedenen anderen Entscheidungen [35]) wird klar und deutlich diese weitgehende Haftung des Geschäftsherrn normiert, so z. B. in der Entsch. des R.O.H.G. Bd. 15, S. 26, Nr. 10, in der unter Hinweis auf die obige Entscheidung ausgesprochen wird, daß der Prinzipal den dolus des Prokuristen schlechthin

34) R.O.H.G. Bd. XIII S. 328 Nr. 105.
35) Vgl. E.R.G. 12 S. 112, 30 S. 44.

zu vertreten habe. — Die gleiche Ansicht in Entscheidung des R.O.H.G. Bd. 19 S. 325 und Bd. 13 S. 328. —

Man könnte nun meinen, daß der Vertretene für jedes rechtswidrige Verhalten des Vertreters haften müsse. Doch das wäre nicht richtig. Die angeführte Entscheidung spricht ausdrücklich aus:

„Die direkte Kontraktsklage gegen den Prinzipal umfaßt nach römischem Recht die ganze durch den Abschluß des Bevollmächtigten begründete Kontraktsobligation, und wie ein Irrtum, ein gegen ihn verübter Betrug dem Prinzipal nützt, so muß umgekehrt Arglist, Verschuldung, Wissen des Bevollmächtigten bei Eingehung des Vertrages dem Prinzipal schaden, ohne Unterschied übrigens, ob es sich um einen obligatorischen oder liberatorischen Vertrag handelt."

Diese Entscheidung besagt auch im Anhange (S. 406):

„Der Betrug des Bevollmächtigten erscheint nicht sowohl als ein selbständiges Delikt, sondern als eine Verletzung der schon bei Eingehung des Vertrages obligierenden Vertragspflichten, und es findet deshalb die Kontraktsklage statt."

Diese Entscheidung betrachtet also den Betrug unter dem Gesichtspunkte der Vertragsverletzung, der bei Eingehung eines Rechtsgeschäftes begangen ist, und als solcher vom Prinzipal zu vertreten ist. Zu scheiden ist also von dem bei der Eingehung eines Rechtsgeschäfts das bei Erfüllung eines solchen vorliegende Verhalten. Und dies ist wichtig, denn nur im ersteren Falle liegt Stellvertretung im technischen Sinne vor, keinesfalls aber im zweiten, wo der Bevollmächtigte nur „Vertragsgehülfe" in rein faktischem Gebiete ist [36]).

Inwieweit also in dem Falle der Erfüllung eines Rechtsgeschäftes rechtswidriges Verhalten der Erfüllungsgehülfen als

---

36) Mitteis S. 295, Hellmann S. 154, Ubbelohde i. Arch. f. pr. R. Bd. VIII S. 229 und Goldschm. Ztschr. VII S. 199ff. Hierzu Goldschmidt in seiner Ztschr. Bd. XVI S. 296ff. Staub H.G.B. 5. Aufl. S. 100 § 7 und 8.

Verletzung kontraktlicher Pflichten aufgefaßt wird, kann hier unerörtert bleiben.

Es mag nur erwähnt werden, daß der von dem Erfüllungsgehülfen in Ausführung des Auftrages verursachte Schaden eine Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten darstellt, also kontraktlicher Schaden ist, für den der Prinzipal zu haften hat, und daß eine bei Gelegenheit der Erfüllung von Gehülfen vorgenommene rechtswidrige Handlung außerhalb des Kontraktes steht, also einen außerkontraktlichen Schaden bilden, für den der Vertretene nicht aufzukommen hat, während doch das rechtswidrige Verhalten des Vertreters bei Eingehung des Rechtsgeschäftes schlechthin als kontraktliches Verschulden aufgefaßt wird. Zwischen einer bei Eingehung des Rechtsgeschäfts vorgenommenen Handlung und einer bei Gelegenheit derselben wird kein Unterschied gemacht, nicht etwa, weil diese Unterscheidung hier unmöglich wäre, sondern es dürfte dies deswegen der Fall sein, weil bei nicht bestehendem Vertragsverhältnisse das schädigende Verhalten stets in einer gewissen Beziehung zum Vertrage stehen, im Hinblick auf den einzugehenden Kontrakt geschehen muß, wenn es nicht ganz außerhalb des Vollmachtskreises fallen soll [37]), und dann sich selbstverständlich als außerkontraktliche Schädigungsursache darstellt. Man könnte nun annehmen, daß diese weitgehende Haftung aus der weitgehenden, Dritten gegenüber nicht beschränkbaren Vollmacht des Prokuristen resultiere, und daß bei einem minderwerten Vollmachtskreise sich auch die Haftung beschränke. Das trifft aber nur in gewissem Maße zu, insofern nämlich, als dann auch der Kreis der möglichen Rechtshandlungen, aus denen gegebenenfalls für rechtswidriges Verhalten gehaftet werden müßte, beim Prokuristen weiter ist, als z. B. beim Handlungsbevollmächtigten. Bei der Einzelhandlung ist dagegen bei beiden die Haftung gleichweit, was ja auch der Art. 52, der Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte völlig gleichstellt, ausspricht, wenn es dort heißt:

---

37) E. d. R.O.H.G. Bd. X S. 301.

„Durch das Rechtsgeschäft, welches ein Prokurist oder ein Handlungsbevollmächtigter gemäß der Prokura oder Vollmacht im Namen des Prinzipals schließt, wird der letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet."

Es wird demgemäß auch in verschiedenen Entscheidungen allgemein ausgesprochen, daß der Vertretene für das bei Eingehung des Rechtsgeschäfts hervorgetretene Verhalten seines Vertreters einzustehen habe. So läßt z. B. nach der in Seufferts Archiv Bd. 64 Nr. 139 abgdr. Entsch. das Gericht den Vollmachtgeber haften, weil der Vertreter den Gegenkontrahenten zum Abschluß des Geschäfts veranlaßt hatte durch eine wider besseres Wissen gemachte Versicherung betr. des Mietsertrages eines Hauses. — Desgleichen wurde (Seuffert, Arch. Bd. 54, Nr. 169) entschieden, daß sich der Geschäftsherr den für den Geschäftsabschluß kausalen dolus des Vertreters, der in betrüglicher Absicht unrichtige Mitteilungen gemacht und ungünstige, für einen Versicherungsabschluß erhebliche Umstände verschwiegen hatte, um den Kläger in den Stand zu setzen, einen solchen Vertrag abschließen zu können, den er auf Grund wahrheitsgemäßer Mitteilungen nicht hätte abschließen können, entgegensetzen lassen muß [38]).

Weitere in dieses Gebiet schlagende Entscheidungen befassen sich mit der Haftung der offenen Handelsgesellschaft für ihren Vertreter, und zwar wird hier nicht etwa die offene Handelsgesellschaft als juristische Person aufgefaßt, denn es wäre dann die Frage, ob diese Entscheidungen hier angeführt werden könnten, da es streitig ist, wie im II. Teil der Abhandlung dargelegt werden soll, ob die sogenannten Vertreter der juristischen Person Vertreter im Rechtssinne sind.

Das R.G. [39]) entscheidet, daß die offene Handelsgesellschaft für den Schaden des vertretenden Gesellschafters beim Vertragsabschlusse haftet.

Diese Entscheidung solle gelten, gleichviel ob man in der

38) Vgl. Seuffert 32 Nr. 227.
39) E. d. R.G. Bd. 10 S. 301, Bd. 34 S. 296.

offenen Handelsgesellschaft der herrschenden Meinung entgegen eine juristische Person sehe oder nicht[40]).

Es hat also, um das Ergebnis kurz zusammen zu fassen, nach der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts, jedes rechtswidrige Verhalten des Vertreters bei Abschluß von Rechtsgeschäften, zu denen er legitimiert erscheint, geradezu als rechtswidriges Verhalten des Vertretenen, als Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten zu gelten, für die der Vertretene schlechthin zu haften hat.

In derselben Weise wurde die Haftung im A. L. R. normiert. Es ließ für rechtswidriges Verhalten bei der Erfüllung ebenso haften, wie für solches bei Eingehung von Verträgen[41]). A.L.R. I, A. 5, § 284:

„Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch für den Fall, wenn einer der Kontrahenten bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat." — In den folgenden Paragraphen wird dann die Haftung je nach dem Grade des Verschuldens bestimmt.

Auch nach A.L.R. wurde rechtswidriges Verhalten des Vertreters bei Abschluß des Vertrages lediglich unter dem Gesichtspunkte kontraktlichen Verschuldens betrachtet, sodaß der Vertretene für rechtswidriges Verhalten des Vertreters bei Eingehung von Rechtsgeschäften haften mußte[42]).

---

40) Ebenso E.R.G. Bd. 32 S. 34, Bd. 15 S. 121, Bd. 17 S. 93 Bd. 20 S. 190. Gruchot Bd. 44, 1063.

41) Förster-Eccius 7. Aufl. I 42 und § 47 Anm. Endemann D.H.R. § 151 II. A.L.R. Th. I tit. 11 § 930, Th. II tit. 8 § 515 und § 553 in Verb. mit Th. I tit. 6 § 50 ff. Entsch. d. Ob.Tr. 27. X. 52. Gruchot 13 S. 31.

42) Dernburg Lehrb. d. pr. R. II § 69. Rehbein-Reinke Allg. L.R. Anm. zu I 13 § 85. Gruchot 12 Nr. 22 597 (Beitr. zur Lehre von der Stellv. von Gruchot.) Jurist. Wochenschr. 1885 S. 29 Nr. 19. E. d. O.Trib. Bd. 76 S. 200.

Dahin äußerten sich die höchstgerichtlichen Entscheidungen, so z. B. Entsch. d. Ob. Trib. Strieth. Arch. Bd. 83 S. 268 Nr. 56, daß der Machtgeber, wenn der Stellvertreter sich bei Abschluß des Vertrages einen Betrug zu schulden kommen läßt, die rechtlichen Folgen hiervon zu tragen hat; es ist auch in dieser Beziehung das Verhalten des Bevollmächtigten als das des Machtgebers anzusehen (verw. auf A.L.R. I. 5 §§ 349—351 u. I. 13 §§ 85, 155 (Goldschm. 16 S. 28 ff.) [43]).

Ebenso entscheidet das R.G. (Bd. 50 S. 281) gelegentlich der Beurteilung, ob das Mündel für dolus des Vormundes zu haften habe, daß „der Vertretene für Verschulden — oder wie man umfassender sagen könnte — für die Willensfehler seines Vertreters einzustehen habe." Ferner gilt auch die schon zitierte Entsch. des R.G. Bd. 32 S. 34 ebenso für altes H.G.B., wie für A.L.R. (ebenso R.G. Bd. 14 S. 285).

Erwähnt mag werden, daß auch die ausführlich zitierte Entscheidung des R.O.H.G. (Bd. 6 S. 406) auf d. A.L.R. hinweist (vgl. ferner R.G.E. Bd. 8 S. 236 und Bd. 10 S. 239).

Am weitesten von den modernen Rechten aber geht in der Haftpflicht des Geschäftsherrn der code civil Napoléon [44]).

Er unterscheidet überhaupt nicht zwischen kontraktlichem und außerkontraktlichem Schaden; in Art. 1382 wird allgemein bestimmt:

---

43) A.L.R. I 13 § 85 lautet: „Was der Bevollmächtigte zufolge des erhaltenen Auftrages mit einem Dritten verhandelt, verpflichtet den Machtgeber ebenso, als ob die Verhandlungen mit ihm selbst vollzogen wären". a. a. O. § 133: „Wer mit einem Bevollmächtigten kontrahiert, muß sich wegen Erfüllung des Vertrages in der Regel an den Machtgeber halten". „Demgemäß", so entscheidet das genannte Gericht, „muß auch der Vertretene, wenn sich der Vertreter bei Abschluß des Vertrages einen Betrug zuschulden kommen läßt, die rechtlichen Folgen davon tragen: denn es ist nach allegierten Gesetzen auch in dieser Beziehung das Verhalten des Bevollmächtigten rechtlich als das des Machtgebers anzusehen".

44) Crome Französ. Zivilrecht Bd. II S. 696 u. Ztschr. f. franz. Zivilrecht XIX S. 32. Entsch. vom 7. VII. 88.

„Tout fait quelconque de l'homme, qui cause autrui un dommage, oblige, celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer."

In Art. 1384: „On est résponsable nonseulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit repondre, ou des choses que l'on a sous sa garde."

Zur Erläuterung sei hier folgende Entscheidung angeführt. Cass. 11. Janoier 1855 [45]):

„La résponsabilité du commettant à l'egard du dommage causé par son préposé, n'est pas limitée au cas où les actes dommageables rentraient dans les termes du mandat; pour que le commettant soit résponsable, il suffit que les actes dommageables du préposé se rattachent à l'objet de son mandat, et qu'ils aientem lieu à l'occasion de son exécution."

Der Geschäftsherr haftet also im Code civil für jedes rechtswidrige Verhalten seiner Vertreter: „dans les fonctions auxquelles ils les ont employés" (Art. 1384_3).

Wie in diesem geschichtlichen Überblicke dargelegt wurde, haben die früheren Rechte, insbesondere das gemeine und das allgemeine Landrecht, in Theorie und Praxis, wenigstens zum Schluß eine fast unbeschränkte Haftung des Vertretenen angenommen, und zwar für jedes rechtswidrige Verhalten des Vertreters, mag dieses nun bei Abschluß oder gelegentlich des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorgetreten sein. Der Grund für diese weitgehende Haftung lag, wie schon hingewiesen wurde, darin, daß ein rechtswidriges Verhalten des Vertreters bei Eingehung des Vertrages als Kontraktsverletzung aufgefaßt wurde, für die der Geschäftsherr schlechthin haften mußte, weil nach der herrschenden Repräsentationstheorie das vom Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht in dem Vertreter, sondern in dem Vertretenen zu stande kommt.

45) Zitiert in „Codes français" annotés des arrêts de la cour de Cassation par F. Rivière Ed. II 1877 zu Art. 1384.

Bevor nun eine Entscheidung darüber getroffen werden kann, welche Norm das B.G.B. hierüber aufstellt, ist es notwendig, die Vorschriften zusammenzustellen, in denen es über das Einstehenmüssen des Geschäftsherrn für Dritte Bestimmungen trifft. In Betracht kommen die §§ 831, 278, 31 B.G.B., jedoch werden nicht alle zu verwenden sein.

In § 831 wird gesagt: „Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Personen und, sofern er Vorrichtungen und Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführungen der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder, wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre."

„Die gleiche Verantwortung trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt."

Dieser Paragraph ist für uns von Wichtigkeit. Zwar ist von Vertretung nirgends die Rede, doch umfaßt der Begriff „Bestellung" neben der Erfüllungsgehülfenschaft auch die Stellvertretung, und es fallen unter den Begriff „Verrichtung" [46]) alle Verrichtungen, „mögen sie mehr oder weniger oder garnicht selbständig sein, mögen sie den Charakter rechtsgeschäftlicher Vertretung tragen oder nicht [47]), und mögen sie aus einem einzelnen oder einer Mehrheit von Verrichtungen zeitlich vorübergehender, oder dauernder Natur bestehen". Der Geschäftsherr hat demgemäß zu haften, es sei denn, daß er nachweist, daß ihn kein Verschulden im angegebenen Sinne trifft. Ein solches wird,

---

46) Code civile: „domestiques et préposés". Schw. Obl.R.: „Angestellte und Arbeiter".

47) cf. Planck II S. 1003 unter Verw. auf R.G.E. J.W. 1903 S. 40. R.G. Bd. 52 S. 286.

wenn der Vertreter einem Dritten widerrechtlichen Schaden zufügt, nach dieser gesetzlichen Bestimmung präsumiert.

In § 278 ist bestimmt, daß der Schuldner das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfange zu vertreten hat, wie eigenes Verschulden. Beim ersten Blick scheint es, als ob dieser Paragraph unsere Frage behandele, jedoch ergibt sich bei näherer Prüfung, daß er ausscheiden muß. Er spricht zwar von Vertretern, nämlich den gesetzlichen, auch von Haftung für ihr Verhalten. Es sind hier diese Vertreter aber nicht in ihrer Eigenschaft als Vertreter im technischen Sinne gemeint, sondern in ihrer Eigenschaft als Erfüllungsgehülfen [48]).

Einmal ist daran festzuhalten, daß hier, wo es sich um die Erfüllung von Rechtsgeschäften handelt, also ein bestehendes Schuldverhältnis vorausgesetzt ist, von einer Stellvertretung in dem von uns festgestellten Sinne nicht die Rede sein kann [49]).

Sodann ist nicht zu vergessen, daß die gesetzlichen Vertreter, deren Vertretungsmacht der Idee nach auf mangelnder oder mangelhafter Fähigkeit des Vertretenen zum Selbstkontrahieren beruht, und die dementsprechend für geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Personen vom Gesetz in den besonders bestimmten Fällen bestellt werden, eine Doppelstellung einnehmen. Im Gegensatz zu den gewillkürten Stellvertretern, deren Vertretungsmacht auf einer Vollmacht beruht, und deren Wirkungskreis sich demgemäß mangels besonderer Bestimmungen durch den Vertretenen, nur auf die Eingehung von Rechtsgeschäften erstreckt, liegt den gesetzlichen Vertretern nicht nur der Abschluß von Rechtsgeschäften ob, sondern auch die tatsächliche Erfüllung der bestehenden Verbindlichkeiten. Sie werden daher im § 278 nicht, wie man zunächst erwarten könnte, den rechtsgeschäftlichen Vertretern gegenübergestellt, sondern den Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, sodaß

48) Breitenstein S. 24.
49) R.G. Bd. 49 S. 26.

also im § 278 nicht die gesetzlichen und die gewillkürten Vertreter, sondern die gesetzlichen und gewillkürten Erfüllungsgehülfen gegenübergestellt werden.

Auch die Motive[50]) erwähnen, daß hier in § 278 von dem gesetzlichen Vertreter in Ansehung der Erfüllung gesprochen werde, und zwar der Vollständigkeit halber, deshalb nämlich, weil der Ausdruck „Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient", nicht auf den gesetzlichen Vertreter passe. Man könne nicht sagen, daß der Schuldner — hier ein Geschäftsunfähiger oder beschränkt Geschäftsfähiger — sich seines gesetzlichen Vertreters „bediene" zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten. In dem Wort „bedienen" liegt ein eigenes Wollen, ein Hinwirken auf die Erfüllung, was ja bei einem rechtsgeschäftlichen Vertreter seitens des Vertretenen gegebenenfalls vorliegen wird, keinesfalls aber beim gesetzlichen Vertreter seitens des von ihm Vertretenen. Nun kann freilich die geschuldete Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestehen, und es wird der Erfüllungsgehülfe gleichzeitig Vertreter sein, doch wird, eben weil er mehr in seiner Eigenschaft als Hülfsperson, als in seiner Eigenschaft als Vertreter handelt, dann ebenfalls § 278 anzuwenden sein, insoweit aber Vertretung vorliegt, werden selbstverständlich auch die Bestimmungen über Stellvertretung zur Ergänzung herangezogen werden müssen.

Der § 278 scheidet mithin auf Grund obiger Erörterungen aus.

Zu erwähnen wäre ferner § 31 B.G.B. Da dieser jedoch nicht von der Haftung der natürlichen Person, sondern der der juristischen handelt, wollen wir hier nicht auf ihn näher eingehen, da ja Aufgabe des 2. Teils dieser Abhandlung ist, die Haftung der juristischen Person für Vertreter festzustellen.

In Betracht kommen also zunächst lediglich die Bestimmungen des § 831 B.G.B. Es fällt auf, daß das B.G.B., das im

50) Motive II S. 31. Motive zu § 224 Abs. 2 des Entwurfes S. 29. Mugdan Materialien II S. 16.

§ 278 allgemeine Bestimmungen über Vertragshaftung für Erfüllungsgehülfen und im § 831 allgemeine Bestimmungen betr. Deliktshaftung des Geschäftsherrn für Erfüllungsgehülfen und für Vertreter trifft, allgemeine Bestimmungen über Vertragshaftung des Geschäftsherrn für Vertreter nicht aufstellt.

Die Frage, ob eine solche allgemeine Vertragshaftung etwa aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 164 und 166 sich folgern lasse, ist zu verneinen.

Der § 164 bestimmt ganz allgemein, daß eine im Namen des Vertretenen innerhalb der zustehenden Vertretungsmacht vom Vertreter abgegebene Willenserklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt. Damit ist nur gesagt, daß das vom Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft in Bezug auf den Vertretenen ganz die Wirkung hat, als ob er es selbst abgeschlossen hätte (Repräsentationstheorie).

Von irgend welcher Haftung, dem Einstehensollen für rechtswidriges Verhalten des Vertreters, ist damit noch nichts gesagt.

Desgleichen besagt § 166 Abs. 1 nur, daß, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, nicht die Person des Vertretenen, sondern des Vertreters in Betracht kommen, oder mit anderen Worten, daß ein die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung beeinflussender Willensmangel nach der Person des Vertreters beurteilt wird. Ob eine Erklärung [51]) wegen in Kenntnis des Gegenkontrahenten gemachten Mentalreservation oder wegen nicht ernstlicher oder zum Scherz abgegebener Erklärung nichtig ist, ferner ob sie wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung anfechtbar ist, bestimmt sich also nach der Person des Vertreters. Auf den Vertretenen kommt es im Prinzip hierbei nicht an. Nur im Falle, daß der Vertreter einen geheimen, vom Gegner erkannten Vorbehalt macht, zum Schein oder zum Scherz eine Erklärung

51) B.G.B. §§ 116—118 und §§ 119—128.

abgibt, ist diese Willenserklärung nichtig; nur wenn in ihm ein Irrtum hervorgerufen wird, wenn er durch Täuschung oder Drohung zur Erklärung veranlaßt wird, ist dieselbe anfechtbar. Aber nicht nur die Willensmängel, die in dem Vertreter erzeugt werden, sondern auch — das kann man aus § 166, in Verbindung mit § 64 entnehmen —, die in dem Gegenkontrahenten durch den Vertreter hervorgerufenen Willensmängel kommen so in Betracht, wie wenn sie der Vertretene selbst erzeugt hätte. Denn es ist ganz allgemein von der Beeinflussung der Rechtsfolgen einer Willenserklärung in § 166 gesprochen, und ein Einwirken in dieser Hinsicht ist von jedem Kontrahierenden möglich, und mangels einer Einschränkung auf Willenserklärungen des Vertreters auch auf solche gegenüber demselben zu beziehen [52]).

„Die rechtlichen Folgen des vom Vertreter Erklärten und Gewollten [53]) kommen also in der Person des Vertretenen zur Entstehung, aber nur soweit die Handlungen des Vertreters nicht mit einem ihre Wirksamkeit an sich beeinträchtigenden Mangel behaftet sind."

Demgemäß entscheidet z. B. das O.L.G. Breslau 13. November 1906 (Recht Nr. 1435), daß die vom Vertreter verübte Täuschung der arglistigen Täuschung des Vertretenen völlig gleichsteht und es nicht darauf ankommt, ob der Vertretene die Täuschung kannte oder kennen mußte. Der Gegenkontrahent kann z. B., wenn er widerrechtlich durch Drohung des Vertreters zur Abgabe der Willenserklärung veranlaßt wurde, in gleicher Weise gemäß § 123 anfechten, wie es der Vertretene tun kann bei einer durch Drohung seitens des Gegenkontrahenten veranlaßten Willenserklärung des Vertreters.

Allgemein gesprochen, besagt also § 166, daß ein derartiges rechtswidriges Verhalten des Vertreters inbetreff der Wirksamkeit und Gültigkeit der Willenserklärungen und der eventuellen

52) Enneccerus I S. 424. Dernburg I S. 491. Rehbein B.G.B. S. 257. Staub, H.G.B. S. 257.

53) R.G.E. Bd. 58, 347.

Anfechtung wegen Willensmängeln so betrachtet wird, als ob der Vertretene dieses Verhalten an den Tag gelegt hätte. — Hierbei ist aber zu bemerken, daß sich nach § 166 $_2$, falls der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt hat, dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen kann. Doch dies nur nebenbei; jedenfalls trifft auch § 166 keine Bestimmung über die Haftung des Vertretenen auf Schadensersatz.

Es muß also aus dem Fehlen einer allgemeinen Bestimmung auch für Eingehung von Rechtsgeschäften der Schluß gezogen werden, daß das Gesetz eine solche nicht treffen wollte, da es sonst ebenso wie für Vertragserfüllung in § 278 sie hier ausgesprochen haben würde, ein Ergebnis, zu dem auch das Reichsgericht [54]) gekommen ist, und das auch im wesentlichen die Motive [65]) teilen, wenn dort gesagt wird: „Für den Schaden, den der Vertreter durch eine in Ausübung seiner Vertretungsmacht begangene widerrechtliche Handlung Dritten zufügt, ist der Vertretene — von den für die juristische Person gegebenen Vorschriften abgesehen — nur innerhalb der aus §§ 711, 712 (jetzt B.G.B. § 831) ersichtlichen Schranken haftbar."

Nach diesen Erörterungen steht jedenfalls fest, daß das B.G.B. bei rechtswidrigem Verhalten des Vertreters dem durch dieses Verhalten Geschädigten gegebenenfalls eine Deliktsklage, aber grundsätzlich keine Vertragsklage auf Schadensersatz gegen den Vertretenen gibt. Fest steht ferner, daß es bei arglistiger Täuschung schlechthin, sowie bei widerrechtlicher Drohung seitens des Vertreters nur eine Anfechtungsbefugnis gibt (§ 166 und § 123), keine Schadensersatzklage.

Immerhin bestehen von dem zuerst Festgestellten Ausnahmen. Es gibt nämlich das Gesetz wenigstens in einzelnen Fällen eine Vertragsklage bei rechtswidrigem Verhalten des Vertreters. Das Reichsgericht führt in der vorher genannten Entscheidung im

---

54) R.G.E. Bd. 61 Nr. 49 S. 207ff.
55) Motive I S. 228.

61. Bande als Ausnahme den § 463 in Verbindung mit § 476 an. Wenn nämlich der Vertreter bei Verkauf einer Sache einen Fehler derselben arglistig verschweigt, so haftet auch der Vertretene auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Es ergibt sich dies aus der Verbindung mit § 164. In § 463 S. 2 und 476 heißt es, daß der Käufer statt der Wandlung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, und daß eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängeln der Kaufsache erlassen oder beschränkt werde, nichtig ist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt. Nach § 164 wirkt die vom Vertreter abgegebene Willenserklärung für und gegen den Vertretenen. Faßt man nun die Bestimmungen der §§ 463 und 476, desgleichen von § 164 zusammen, so ergibt sich, daß der Vertretene Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten muß, wenn der Vertreter, der einem Dritten eine Sache verkauft, Fehler derselben arglistig verschwiegen hat.

Gleiches ist anzunehmen für den Fall der §§ 307, 309. Verspricht der Vertreter eine Leistung, deren Unmöglichkeit er kennt oder kennen muß, oder durch die er gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen würde, so haftet in Höhe des negativen Interesses auch der Vertretene.

Fest steht demgemäß endlich, daß das Gesetz die Zulässigkeit einer Vertragsklage auf Schadensersatz wegen rechtswidrigen Verhaltens des Vertreters nur auf wenige Fälle (§§ 463, 307, 309) beschränkt, wo wirklich eine culpa in contrahendo anzunehmen ist[56]).

Dieser Standpunkt des B.G.B. erklärt sich daraus, daß es im Gegensatze zu dem der früheren Rechte bei dolosem und kulposem Verhalten des Vertreters in den weitaus meisten Fällen ein außerkontraktliches Verschulden annimmt, also auch kein rechter Raum für Vertragsklagen bleibt.

Dolus und culpa bei Eingang eines Vertrages wurde, wie

56) Zu culpa in contrahendo vgl. Jhering, Jahrb. 4. Dernburg, Pandekten II § 10 S. 28. Windscheid II § 307 Anm. 5. Mommsen, Haft. der Kontrah. in Erörterungen, Bd. II.

gesagt, als kontraktliches Verschulden betrachtet. Im römischen Recht und den neueren Gesetzgebungen wurde dolus und culpa bei Eingehung von negotia bonae fides als Kontraktsverschulden aufgefaßt. Das gemeine Recht ging weiter. Zwischen negotia bonae fides und stricti iuris unterschied es nicht. Es faßte ganz allgemein ein solches Verschulden als kontraktliches auf. Ebenso entschied auch das A.L.R. I 5 §§ 284, 285 unter Gleichstellung des Verschuldens bei Abschluß mit dem bei Eingehung von Verträgen. (Eine Trennung zwischen Delikts- und Kontraktsklage gibt es z. B. nicht im österreichischen B.G.B., vgl. § 1295, wohl aber im sächsischen.) Unser heutiges Recht trennt dagegen zunächst die Haftung für Verschulden bei Eingehung von der Haftung für Verschulden bei Erfüllung eines Vertrages, überläßt aber die Frage, ob ein rechtswidriges Verhalten, mag es bewußt oder fahrlässig rechtswidrig sein, als unerlaubte Handlung oder lediglich als Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten aufzufassen ist, der Wissenschaft. In den Motiven heißt es Bd. I S. 195 hierzu: „Ob begrifflich die culpa in contrahendo auf einem Eingriff in den fremden Rechtskreis, mithin auf einer unerlaubten Handlung oder auf der Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten zurückzuführen ist, ist eine Konstruktionsfrage, deren Lösung der Wissenschaft überlassen werden darf."

Zu fragen ist also, ob im B.G.B. dolus und culpa in contrahendo als kontraktliches Verschulden aufzufassen ist, wie es die früheren Rechte tun, oder ob anders zu entscheiden ist. Die Motive bemerken II S. 756: „Bei einer durch dolus veranlaßten Willenserklärung könne der Betrogene statt vom Rechte der Anfechtung Gebrauch zu machen, nach Maßgabe der Vorschriften über unerlaubte Handlungen und denen über Schadensersatz aus solchen Handlungen auf obligatorischem Wege vom Betrüger Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkungen der durch den Betrug veranlaßten Willenserklärung und Ersatz des sonstigen negativen Interesses verlangen." Vgl. ferner Motive I S. 208 und R.G. Bd. 61 S. 212. Im dolus in contrahendo sehen also die Motive stets eine unerlaubte Handlung, eine Ansicht, die auch in

der Denkschrift zum Entwurf (III S. 21) vertreten wird, während sie (vgl. die zitierte Stelle der Motive I S. 228) bei culpa in contrahendo es dahingestellt sein lassen, ob eine Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten oder unerlaubte Handlung vorliegt.

Damit ist aber noch nicht viel gewonnen, denn die Motive sprechen nicht, wie Meißner, Schuldv. § 278 anscheinend annimmt, „einen Grundsatz des Bürgerlichen Rechts" aus[57]). Sie geben auch noch „keine Vermutung für die Richtigkeit der in ihnen niedergelegten Auffassung des Gesetzes, sondern nur das Gesetz selbst stellt die Basis für die Erkenntnis des Rechts dar, nicht die unkontrollierbaren Absichten des sogenannten Gesetzgebers".

Wir haben in den Motiven also keine autoritative Interpretation vor uns, sondern nur eine private Erläuterung, wie sie uns jede andere wissenschaftliche Abhandlung gibt. Daher müssen wir, bevor wir uns deren Ansicht anschließen, diese auf ihre Richtigkeit hin prüfen. Daß die Entscheidung der Motive im Gegensatz zu der klaren und deutlichen Entscheidung des früheren A.L.R., wo, wie schon gesagt, dolus und culpa bei Vertragsverhandlungen als rechtsgeschäftliches Verschulden galt, mit dieser in sich selbst noch nicht schlüssigen Entscheidung nicht recht befriedigt, liegt klar zu Tage, ein Ergebnis, das um so unbefriedigender ist, als auch die Frage, ob das Gesetz, da es selbst keine einheitliche Bestimmung getroffen hat betreffs dieser Streitfrage, die zerstreut entschiedenen Fälle unter einem höheren Gesichtspunkte beurteilt und ob demgemäß diese Streitfrage aus dem Gesetz beantwortet werden kann, verneint werden muß. Das Gesetz

57) Fischer-Henle S. XXVII ff., in gleichem Sinne R.G.E. Bd. 16 S. 298: „Der Inhalt solcher Motive eines Gesetzentwurfes wird bei der Auslegung des Gesetzes stets als ein wichtiges Mittel der Anregung in Betracht zu ziehen sein. Dieser Inhalt muß indessen stets auf seinen inneren Wert geprüft werden, und es dürfen die darin entwickelten Auffassungen nur dann gebilligt werden, wenn sich nach Verwertung aller Mittel der Interpretation des Gesetzes ergibt, daß darin der Gesetzeswille richtig erfaßt sei." Vgl. auch R.G.E. Bd. 57 S. 316.

hat sich an einzelnen Stellen nicht der Ansicht verschließen können, daß Fahrlässigkeit bei Eingehung als Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten aufzufassen sei[58]). Derartige Bestimmungen finden sich z. B. in §§ 179, 307, 309 (vgl. Planck und Fischer-Henle zu § 307, Brückner, Haft. S. 8 ff.), Vorschriften, die sich unter dem Abschnitt Rechtsgeschäfte finden, weshalb man nicht fehlgehen dürfte, in den genannten Fällen Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten anzunehmen. Ebenso dürfte es bei § 459 ff. B.G.B. der Fall sein.

Eine allgemeine Regel, wonach culpa in contrahendo zu vertreten ist, existiert nicht (vgl. Staub a. a. O., Goldmann-Lilienthal, B.G.B. S.. 322 Anm. 16, Jurist. Wochenschrift 1905 S. 527 5).

Die oben zitierten Sondervorschriften des B.G.B.s bilden vielmehr eine Ausnahme von dem implicite dadurch im Gesetz aufgestellten Prinzip des Nichthaftens für culpa in contrahendo bei Abschluß von Verträgen. Jedenfalls wird man (mit dem R.G. Bd. 61 S. 211 ff.) annehmen müssen, daß dolоses Verhalten bei Abschluß im Prinzip nicht als eine rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftliche Pflichten verletzende Handlung, sondern bei Vorhandensein der nötigen Voraussetzungen nur als eine außerhalb des Vertragsverhältnisses begangene unerlaubte Handlung anzusehen ist.

Bevor wir nun auf die jetzt zu behandelnde Haftung für außerkontraktliches rechtswidriges Verhalten des Vertreters seitens des Vertretenen näher eingehen, soll erst im Folgenden dargelegt werden, wie sich die vor dem B.G.B. geltenden Rechte zu dieser Frage stellen.

Im alten römischen und deutschen Recht haftete der Hausherr regelmäßig für rechtswidriges Verhalten seiner Hauskinder und Sklaven, selbst ohne eigenes Verschulden. Befreien konnte er sich von dieser Haftung nur durch Preisgabe der schädigenden Person an den Geschädigten (noxae deditio).

58) Staub, HGB I 8. Aufl. S. 257, II (1907) S. 1168 und 1204. Schütz, Haft. f. Versch. § 7 S. 74.

Erst nachdem sich diese Hörigkeitsverhältnisse, bei denen, wie schon vorher hervorgehoben, man keinesfalls von Stellvertretung sprechen kann [59]), sich im Laufe der Zeit umgebildet hatten zu kontraktlichen Dienst- und Abhängigkeitsverhältnissen, galt es allgemein als Regel, daß man nur für eine selbstverschuldete Handlung zu haften habe [60]). Ein Eintreten für einen anderen konnte sich also nur daraus herleiten lassen, daß man Selbstverschulden an den Tag gelegt hatte, nämlich dadurch, daß man bei der Auswahl oder Beaufsichtigung dieser Person nicht gehörige Sorgfalt gezeigt hatte und somit den durch diesen verursachten Schaden, wenn auch nur indirekt, verschuldet hatte. Es hat sich schließlich in kontraktlichen Verhältnissen eine Haftung für Dritte ausgebildet, und zwar hatte man für culpa in eligendo zu haften, wenn man sich eines anderen zur Erfüllung von Verbindlichkeiten bediente. Die Praxis des gemeinen Rechts [61]) dehnte nun dies bald auch auf außerkontraktliche Schadensersatzpflicht aus (vgl. Seuffert XIII Nr. 140 S. 188: wonach eine Verpflichtung des Dienstherrn eine Verschuldung in der Auswahl voraussetzt; Seuffert XIV Nr. 35 S. 47: Haftung des Dienstherrn für den durch einen Dienstboten Dritten zugefügten Schaden. Er haftet, „wenn ihm eine culpa in eligendo vel iuspiciendo zur Last gelegt werden kann"; die unbedingte Haftung für Dritten zugefügten Schaden wie im Code Napoléon [Art. 1384] sei dem gemeinen Rechte unbekannt. Seuffert XV Nr. 26 S. 37: Der Dienstherr hat für Widerrechtlichkeiten, welche ganz außerhalb des Kreises der ihnen übertragenen Geschäfte und nur bei Gelegenheit derselben verübt wurden, nicht überall zu haften. Dies ist aber der Fall bei culpa in eligendo vel iuspiciendo

---

59) Rümelin, Gründe d. Schadenszurechn. S. 40. Brückner a. a. O. (Inst. de nox. act. 48; Dig. 9,4: Cod. 3,41.)

60) Stobbe, D.Pr.R. III S. 388. Brunner, Rechtsgesch. II S. 551; vgl. auch d. geschichtl. Übersicht bei Pfeiffer a. a. O. S. 2 ff.

61) Windscheid II § 455, Anm. 27a S. 979. Wächtig, Haft. f. fremde unerl. Handl. S. 33 ff. §§ 20, 21 ff. Motive II S. 730. Denkschr. S. 98.

auf Seiten des Geschäftsherrn. Seuffert XVII Nr. 34 S. 53: Die Haftung ist für die Zivilfolgen auf Kontraktsverhältnisse zu beschränken, bei deren Vollziehung sich der Angestellte durch dolus oder culpa veranlaßter Vergehungen schuldig macht, tritt dagegen da nicht ein, wo man demselben zwar bei oder während der Ausübung seines Dienstes, aber gegen Personen, mit denen durchaus kein Kontraktsverhältnis vorliege, unerlaubte Handlungen begangen worden sind. Hier erscheint mangels gesetzlicher Bestimmungen nicht der Schiffsherr — um diesen handelt es sich in der zitierten Entscheidung —, sondern nur der Urheber der widerrechtlichen Handlung selbst haftbar [vgl. Mühlenbruch, Lehrb. d. Pand. II § 429]).

Diesen gemeinrechtlichen Grundsätzen folgt im Wesentlichen auch das A.L.R., welches in Th. I tit. 6 § 53 bestimmt: „Hat der Machtgeber bei der Auswahl eines untüchtigen Bevollmächtigten sich ein grobes oder mäßiges Verschulden zu schulden kommen lassen, so haftet er für den von selbigem bei der Ausrichtung eines unerlaubten Auftrags durch seine Untätigkeit verursachten Schaden soweit, als der Beschädiger selbst zum Erfolg unvermögend ist."

Die Haftung des Geschäftsherrn ist demgemäß allerdings nur eine subsidiäre, so daß der Geschädigte beweisen muß, daß der Schädiger selbst zum Ersatz unvermögend ist.

Vgl. ferner T. I t. 13 § 36: „In den Fällen, wo der Dritte Schadloshaltung aus dem Vermögen des Bevollmächtigten zu fordern berechtigt ist, muß bei dem Unvermögen des Letzteren derjenige, welcher wissentlich einen Unfähigen zum Bevollmächtigten bestellt hat, dem Beschädigten haften."

Zwischen I. t. 13 § 36 u. I. 6. 53 besteht nur scheinbarer Widerspruch [62]). Im ersten Falle spricht das Gesetz vom wissentlichen Bestellen eines Untüchtigen, im letzteren von groben und mäßigen Versehen. Zu unterscheiden ist hier, wie Koch, a. a. O. S. 300 hervorhebt, „die Kenntnis des Auftraggebers über die

62) Koch, Allg. LR.

Eigenschaften und Fähigkeiten des Beauftragten; weiß der Auftraggeber garnichts von der Unzuverlässigkeit, so kann überhaupt nicht von Zurechnung die Rede sein, wenn die Unfähigkeit nicht in die Augen fällt. Vorsatz und Versehen ist erst bei genauerer Kenntnis der Persönlichkeit denkbar. Kenntnis der Persönlichkeit ist nun aber nicht gleichbedeutend mit dolus der Bestellung. Dolus liegt dann vor, wenn der Besteller im Bewußtsein der Untüchtigkeit, gerade diesen Vertreter eben wegen dieser seiner Untüchtigkeit anstellt. Solcher Vorsatz braucht aber garnicht vorhanden sein. Der Besteller kann aus Unbedacht oder Fahrlässigkeit die Sache auch auf gut Glück haben gehen lassen."

§ 53 macht nun schon bei mäßigem Versehen verantwortlich. § 36 bestimmt keinen Grad der Schuld. Demgemäß ist hier für den Grad der Sorgfalt zu haften, welchen das Rechtsgeschäft seiner Beschaffenheit nach und nach den allgemeinen Regeln erfordert. Vergl. hierzu Entsch. des O. Trib. 22 II 61. Strieth. Arch. 39 S. 367, welche besagt: „I. 13 § 36 spreche nur davon, daß der Machtgeber die Unfähigkeit des Bevollmächtigten wirklich gekannt hat, beschränkt dadurch die Haftbarkeit des Machtgebers aber keineswegs auf den Fall des dolus, widerspricht also auch insofern nicht gerade dem § 52. Das „wissentlich" in § 36 sei auch keineswegs gleichbedeutend mit „vorsätzlich" oder „dolose". Vergl. ferner R.G.E. Bd. 38 S. 308 Nr. 82 zu § 53 A.L.R. Teil I t. 6: „Die Zurechnung der schädigenden Folgen der Handlung oder Unterlassung ist in der Regel bedingt durch die Voraussehbarkeit des schädlichen Erfolges (§§ 4 ff. A.L.R. I. 3 § 11, 16, A.L.R. I. 6). Gerade dieser Mangel ist es, was das Verhalten zu einem Versehen stempelt. Von einem Mangel aber an Voraussicht kann nicht die Rede sein, wenn die Voraussehbarkeit fehlt." Vergl. R.G.E. 10 S. 290 und die dort zitiert. l. 31 Dig. ad leg. Aquil. 9,2: „culpam autem esse, quod cum id diligenter provideri potuerit, non esset provisum."

War der tatsächlich angerichtete Schaden für den Handelnden nicht voraussehbar, so liegt in Beziehung auf den eintretenden Schaden ein vertretbares Versehen überhaupt nicht vor, erweist

sich aber die Handlung oder Unterlassung aus einem anderen Gesichtspunkte als eine culpa, so ist der nicht voraussehbare Schaden im Sinne des Gesetzes ein zufälliger (§ 4, 16 A.L.R. I, 6). Diese Grundsätze beherrschen auch den Fall, wenn für den von einem Beauftragten verursachten Schaden der Auftraggeber in Anspruch genommen wird. Er ist nach A.L.R. § 53 I 6, wenn er sich bei Auswahl des untüchtigen Bevollmächtigten hat ein grobes oder mäßiges Versehen zuschulden kommen lassen, für den von dem Beauftragten bei Ausführung verursachten Schaden (subsidiär) verhaftet." Vergl. R.G.E. Bd. 14 S. 283, Nr. 74.

Die Normen des A.L.R. lassen sich demnach dahin zusammenfassen:

Unter Durchführung des Verschuldungsprinzips tritt eine Haftpflicht für Dritte in der Regel nur dann ein, wenn den in Anspruch Genommenen selbst ein in culpa in eligendo vel inpiciendo bestehendes Verschulden nachgewiesen wird.

Auch das sächsische B.G.B. weist im Wesentlichen derartige Vorschriften auf. Im § 799 besagt es: „Derjenige, welcher die verletzende Handlung eines anderen hindern konnte und dies ungeachtet einer besonderen Verpflichtung hierzu versäumte, haftet für die Folgen der Handlung, kann jedoch, wenn der Urheber handlungsfähig ist, von diesem Ersatz fordern" (§ 81). Diese Bestimmung betreffs „pflichtwidrigen Versäumens der Verhinderung" dürfte der Praxis des französischen Rechts entlehnt sein. Jedoch besteht dabei der Unterschied, daß im sächsischen Recht der Kläger zu beweisen hat, daß ein Verhindern möglich und pflichtwidrig unterlassen wurde, wogegen im Code civil der Beklagte einredeweise beweisen muß, daß er die Handlung nicht hindern konnte, um von der Haftung frei zu sein.

Der Code civil geht nun von einer Vermutung für das Mitverschulden des Geschäftsherrn aus und stellt daher, wie schon erwähnt, in Art. 1384 eine sehr weitgehende Haftung fest, eine Haftung, die sich vielleicht schon aus Artikel 1382: Tout fait quelcouque etc. (siehe das Zitat dieses Art. vorher) ergeben hätte, aber in dem genannten Artikel noch eingehend hervor-

gehoben wird. Zwei Gruppen von Haftpflichtigen werden dabei unterschieden, nämlich Eltern, Erzieher und Dienst- und Geschäftsherren, von denen der ersten Gruppe der Gegenbeweis offen steht, daß sie die schädigende Handlung nicht hindern konnten, ein Grundsatz, der im Badischen Landrecht (1384) auch auf die zweite Gruppe ausgedehnt wurde, so daß immer bei einer Haftung für Verschulden Dritter der Exkulpationsbeweis dem in Anspruch Genommenen zustand.

Ähnlich wie der Code civil entscheidet auch das Schweizerische Obligationenrecht. Der betreffende Artikel[63]) lautet: „Ein Geschäftsherr haftet für den Schaden, welchen seine Angestellten und Arbeiter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, daß er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um einen solchen Schaden zu verhüten."

Hier ist also im Gegensatz zu dem französischen Recht der Exkulpationsbeweis zugelassen, dagegen ist die Haftung auch ohne Nachweis des Verschuldens begründet.

Werfen wir einen Rückblick auf die hier zitierten Gesetzgebungen, so sehen wir, daß stets mit Ausnahme des Code civil und des Schweizerischen Obligationenrechts eine Haftung für rechtswidriges Verhalten nur dann eintritt, wenn nachgewiesen wird, daß sowohl den Täter bei der schädigenden Handlung Schuld trifft, als auch den in Anspruch genommenen Geschäftsherrn eine culpa in eligendo vel inpiciendo trifft. Überall ist also das reine Verschuldungsprinzip durchgeführt.

Kommen wir nun auf die Entstehungsgeschichte der im § 831 B.G.B. enthaltenen Vorschrift näher zu sprechen.

Der Entwurf I §§ 710—712 besagte: „Wer einen anderen zu einer Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist denselben zu beaufsichtigen verpflichtet, wenn und soweit es die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erfordert"[64]). Wird

63) Ges. von 1881 Art. 62.
64) Motive II S. 736.

diese Pflicht verletzt, so haftet der Aufsichtspflichtige für den Schaden, den die bestellte Person durch eine in Ausführung ihrer Verrichtung begangene Handlung einem Dritten zugefügt hat. Vergl. ferner § 712, welcher lautet: „Wer einen anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist eine hierzu geeignete Person auszuwählen verpflichtet. Wird diese Pflicht verletzt, so findet die Vorschrift des § 711 Abs. 2 entsprechende Anwendung."

„Immer [65]) hat also der Beschädigte neben dem Beweise, daß er durch eine widerrechtliche Handlung des der Aufsicht Unterworfenen beschädigt worden ist, weiterhin zu beweisen, daß der Aufsichtspflichtige die ihm obliegende Aufsicht nicht geführt habe, und daß bei Führung der Aufsicht der Schaden nicht entstanden wäre."

Veranlaßt durch die scharfe Kritik dieser rechtlichen Regelung [66]) wurden dann im II. Entwurf mit Rücksicht auf die Schwierigkeit der Beweisführung des Geschädigten Änderungen dahin vorgenommen, daß in § 710 an Stelle von „wenn er seine Aufsichtspflicht verletzt hat" die Worte traten „es sei denn, daß er seiner Aufsichtspflicht genügt hat", wodurch nunmehr dem Aufsichtspflichtigen der Beweis oblag, daß er seiner Pflicht genügt habe. Diese Bestimmungen wurden dann nochmals dahin geändert, „die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt hat".

In der Fassung des II. Entwurfes wurden die Bestimmungen schließlich Gesetz.

Das B.G.B. steht mit dieser Norm also auf dem Verschuldungsprinzip, was sich schon aus der Einreihung dieser Vorschriften unter den Titel „unerlaubte Handlungen" ergibt; vor allem aber dadurch [67]), daß ein Exkulpationsbeweis möglich ist,

---

65) Motive II S. 75.

66) Gruchot, N.F. 5. Jahrg. S. 1ff. (Fels, Leipzig). Dreyer, 17. Juristentag. Gierke, Entw. eines B.G.B.s S. 261. Schmidt, Gutachten aus dem Anwaltstande 17.

67) Nöldecke in Gruchot 41 (S. 776—784), S. 772.

ein Beweis der Nichtschuld, der deutlich erkennen läßt, daß die Haftung eben nur auf Verschuldung beruht.

In dem II. Entwurf ist zwar die Verteilung der Beweislast in umgekehrte Weise geregelt worden, damit aber keineswegs (wie z. B. von Pfeiffer S. 45 angenommen wird), eine Modifikation des Verschuldungsprinzips vorgenommen worden, vielmehr muß man mit Feder[68]) dies als eine besondere Hervorhebung desselben erachten: „Das Verschuldungsprinzip hat nicht nur den negativen Sinn, daß kein Unschuldiger zu haften brauche, sondern auch die positive Bedeutung, daß jeder Schuldige zur Verantwortung gezogen werde. Demzufolge ist in unserem Falle die Schuldpräsumtion nicht Durchbrechung, sondern Voraussetzung des wahren Schuldprinzips. Eins aber muß zugegeben werden; die dem Schweizerischen Recht (vergl. den vorher zitierten Art. 62) entnommene Umkehrung der Beweislast ist gewiß nicht in der Absicht, das Schuldprinzip zur vollen Konsequenz zu führen, adoptiert worden. Im Bewußtsein der Redaktoren des Gesetzes mag der Gedanke einer Konzession an andere, noch nicht kristallisierte Prinzipien gelegen haben. Daher nimmt die Vorschrift im Zusammenhange mit den anderen Bestimmungen über Haftung für unerlaubte Handlungen eine eigentümliche Zwitterstellung ein. Sie präsentiert sich unzweifelhaft als schlichte Haftung für eigenes Verschulden, aber man vermutet, daß sich dahinter ein anderes Prinzip verberge“[69]).

Das vorher gewonnene Ergebnis betr. der Haftung aus § 831 B.G.B. bedarf noch der Erläuterung und Einschränkung.

Nach § 831 ist der Vertretene für den Schaden haftbar, den der Vertreter widerrechtlich zugefügt hat.

Schon aus der Stellung des § 831 im System des B.G.B. im Teil der Schuldverhältnisse unter dem Titel „Unerlaubte Handlungen“ ist zu entnehmen, daß „widerrechtliche Zufügung“

68) Feder S. 90.

69) Linkelmann S. 46. Liszt S. 2—3. Rümelin S. 89. Fels S. 51. Riedel im Recht 1907 S. 1172ff.

gleichbedeutend sein wird mit „unerlaubte Handlung", jedoch mit einer Einschränkung. Gemeint sein kann nur eine objektiv rechtswidrige Handlung. Das ergibt sich, worauf als erster Liszt[70]) hinwies, wenn man den § 831 mit § 840. 2 vergleicht, der speziell von dem Falle spricht, daß der Handelnde „neben" dem Geschäftsherrn haftet, diesen also in Gegensatz bringt zu dem Falle, daß der Geschäftsherr „allein" haftet. Letzteres ist regelmäßig nur möglich, wenn der Vertreter seinerseits nicht schuldhaft gehandelt hat, wenn seine Handlung vielmehr nur objektiv widerrechtlich war.

Auch durch die Gegenüberstellung unseres Paragraphen mit dem § 823 kommt man zu diesem Ergebnisse. In § 823 ist ausdrücklich außer der Widerrechtlichkeit auch noch von Vorsatz und Fahrlässigkeit gesprochen. Würde der Begriff „Widerrechtlichkeit" schon den des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit in sich schließen, so hätte es nicht noch der ausdrücklichen Erwähnung bedurft. Da dies aber geschehen ist, so kann man unter „Widerrechtlichkeit" in § 823 nur die objektive Widerrechtlichkeit verstehen, nicht die subjektive. Diese Ansicht teilt auch das Reichsgericht in Bd. 50 S. 66, wo es u. a. sagt: „Es kann nicht angenommen werden, daß der Ausdruck „widerrechtlich" in § 831 eine andere Bedeutung als in § 823 habe." Vergl. ferner Jur. Wochenschr. 1902, Beilagen 201 u. 1903 Beil. S. 12; 1903 Beil. S. 113; Sächs. Archiv 14 S. 566.

Die hier vertretene Meinung ist auch als die herrschende anzusehen[71]).

Es hat also der Vertretene schon dann zu haften, wenn eine

---

70) Dernburg, B.R. II § 387. Liszt S. 102. R.G.E. 50 S. 60.

71) Blau S. 26. Brückner S. 23. Crome II S. 1051. Dernburg II S. 624. Enneccerus I § 359 III. Feder S. 100. Fischer, Die nicht auf Parteiwill. gegr. Zurechn., S. 79. Fischer-Henle S. 429. Goldmann-Lilienthal S. 209ff. Liszt S. 101ff. Neumann II zu § 831. Nölbecke S. 77,3 Isay S. 389. Oertmann S. 568ff. Planck S. 625. Staudinger S. 725. Pfeiffer S. 42. Dagegen Cosak I S. 608 (ohne Begründung).

objektiv rechtswidrige Handlung vorliegt, d. h. eine Handlung, durch die einer der in § 823—826 B.G.B. aufgestellten Tatbestände verwirklicht ist.

Es beruht die Haftung des Geschäftsherrn also nicht auf dem Gedanken, daß derselbe für die Schuld des Angestellten einstehe, sondern darauf, daß er wegen seines eigenen Verschuldens bei der Auswahl der bestellten Person zum Schadensersatz verpflichtet sein solle [72]).

Das ist auch nur recht und billig, denn wenn der eigentliche Schädiger, der Stellvertreter z. B. nicht schuldhaft handelte und demnach nicht persönlich in Anspruch genommen werden kann, würde, falls die gesetzliche Norm des § 831 fehlte, der Geschädigte gegen niemanden einen Ersatzanspruch geltend machen können [73]).

Es ist demnach in § 831 auch nicht eine Haftung für fremdes Verschulden statuiert, sondern für eigenes, wovon wir noch später ausführlicher zu sprechen haben.

Haftet demnach der Vertretene einerseits schon für objektiv rechtswidriges Verhalten des Vertreters, so haftet er andererseits nicht für jedes Verhalten, das eine Verletzung eines Rechts enthält, sondern nur für das Verhalten, welches vom Gesetz als rechtswidrig, als unerlaubte Handlung bezeichnet wird. Es bedarf also einer Abgrenzung der Begriffe „unerlaubte Handlung" und „Verletzung vertragsmäßiger Pflichten". Diesen Unterschied meinen vielleicht auch die Motive I S. 228, wenn sie sagen:

„Ob und inwieweit der Vertretene für ein vom Vertreter bei Eingehung eines Rechtsgeschäftes begangene Fahrlässigkeit einzustehen hat, hängt davon ab, ob in der Begehung eine unerlaubte Handlung, oder lediglich eine Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten zu erblicken sei." Um eine solche zwar rechtswidrige, weil das Recht eines anderen verletzende, dennoch aber nicht als Delikts-, als unerlaubte Handlung aufzufassendes Handeln dürfte es sich bei einem „fahrlässigen" Verstoß gegen die

72) R.G.E. Bd. 50 wie vorh. zitiert.

73) Vgl. Planck I zu § 831. Leske S. 339. Nölbecke a. a. O. S. 472. Oertmann zu § 831,2e.

guten Sitten handeln, der dementsprechend auch nicht ersatzpflichtig macht [74]).

Nach § 831 B.G.B. ist der Vertretene zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere „in Ausführung der Verrichtung" zufügt [75]). Es muß sich also um eine Verrichtung handeln. Streit besteht aber darüber, ob der Besteller Geschäftsherr sein muß oder nicht, d. h. ob der Bestellte seinen Weisungen folgen muß oder nach freiem Ermessen handeln soll.

R.G.E. Bd. 51 S. 199, Jur. Woch. 1902 236 u. L.G. Hannover (Recht 1901 S. 493) sprechen aus, „daß der Bestellte in seiner Tätigkeit vom Willen des Bestellers abhängen müsse [76]). Sei dagegen von dem Bestellten eine Tätigkeit verlangt, bei deren Ausführung er nach eigenem Ermessen handeln und dasjenige vornehmen solle, was er auf Grund eigener Sachkunde und Erfahrung für zweckmäßig erachte, so habe derjenige, welcher ihn zu seiner Tätigkeit veranlaßt habe, in Beziehung auf das auszuführende Geschäft nicht die Stellung des Geschäftsherrn." Man wird dies unter Umständen gelten lassen müssen, doch wird man auch mit Planck (I S. 1003) sich dahin entscheiden dürfen, daß „eine Tätigkeit, bei der der Handelnde innerhalb gewisser Grenzen die Art des Handelns selbst zu bestimmen hat, nicht weniger eine Verrichtung ist, wie eine Tätigkeit, bei welcher dem Handelnden ein Spielraum der gedachten Art nicht gelassen ist, zumal weder der Wortlaut des § 831 noch der Grund, auf welchem er beruht, einen Anhalt für die Annahme ergeben, daß unter der Bestellung zu einer Verrichtung die Bestellung zu einer Tätigkeit der erstgedachten Art nicht mitverstanden werden soll." Die Betätigung eines Stellvertreters ist demgemäß jedenfalls mit inbegriffen. Übrigens sei hierzu noch bemerkt, daß es, wie Eingangs schon gesagt wurde, bei der Stellvertretung nicht darauf ankommt,

---

74) B.G.B. § 826.

75) Cosak I S. 608. Pfeiffer S. 30. Planck S. 1003 zu § 831.

76) Nölbecke S. 777. Feder S. 92. Breitenstein S. 52. Karl Fischer a. a. O. S. 76.

ob der Vertreter mehr oder minder selbständig in der Willensbetätigung oder abhängig vom Vertretenen ist.

Der Schaden in § 831 muß ferner zugefügt sein in „Ausführung" einer Verrichtung. Streit herrscht darüber, ob unter die in diesem Paragraphen gemeinten Handlungen auch die gelegentlich der Verrichtung vorgenommenen fallen und auch hier beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen gehaftet werden soll. (vergl. die Protokolle zum Entw. eines allg. H. G. B. S. 4518, 4519 und R. G. E. Bd. 15 S. 127, wonach der Begriff „Handlungen in der Ausführung eines Geschäfts als ein vager, zu erheblichen Kontroversen Anlaß gebender und nicht einmal die bloß bei Gelegenheit solcher Ausführungen vorkommenden Handlungen klar ausschließender Begriff zu bezeichnen ist" [77]).

Nach der herrschenden Meinung, die auch vom Reichsgericht geteilt wird, ist dies zu verneinen. Schon die Motive II S. 736 sagen: „Zu weit wäre die Auffassung der Haftung für die bei den Verrichtungen oder bei Gelegenheit derselben begangenen unerlaubten Handlungen (s. A.L.R. I 6 § 53 u. § 64); es würden hier Fälle hineingezogen, in denen die Haftung des Auftraggebers in hohem Maße bedenklich wäre."

Das B.G.B. stellt sich demnach aus obigem Grunde in bewußten Gegensatz zum A.L.R., wo für den bei der Ausführung verursachten Schaden gehaftet wird.

Dieser hier vertretenen Ansicht folgt auch die Judikatur. Sie ist als die herrschende anzusehen [78]). Allgemein wird man

77) [Vergleichsweise seien hier folgende entsprechende Ausdrücke anderer Gesetze angeführt: A.L.R. I 6 §§ 53 u. 64: „bei der Ausführung" Code civil Art. 1384: dans les fonctions auxquelles ils les ont employés! D. Engl. Recht: „within the scope of the employment". Schweiz. Obl.R., Art. 62: „in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung". Handelsgesetzbuch: § 431 (Frachtführer) „bei der Ausführung". § 485 (Rheder) „in Ausführung ihrer Dienstverrichtung". Reichshaftpflichtges. § 2: „in der Ausführung der Dienstverrichtung."]

78) Breitenstein S. 55. Dernburg II S. 624. Crome II S. 1051. Feder S. 96ff. K. Fischer S. 80ff. Makower,

sagen können, daß ein Handeln bei Gelegenheit eines Ereignisses zu demselben in keinem inneren, rechtlichen Zusammenhange steht. Ein zeitlicher oder räumlicher wird zwar vorhanden sein müssen, denn nur wenn eine dieser Voraussetzungen vorliegt, spricht man von der Vornahme einer Handlung bei Gelegenheit einer anderen oder eines Ereignisses. Jede der beiden Handlungen ist aber für sich allein denkbar, ohne daß ihr Tatbestand sich in einem Punkte änderte. Jede dieser Verrichtung ist ohne die andere allein ausführbar, der Zusammenhang wird eben nur durch einen äußeren Umstand herbeigeführt. — Anders dagegen liegt der Fall, wenn man „bei Eingehung" „in Ausführung einer Verrichtung" eine Handlung vornimmt. Hier stehen die an sich vielleicht als selbständig denkbaren Handlungen in einem inneren, rechtlichen Zusammenhange. „Aber wenn auch die an der Peripherie gelegenen Möglichkeiten leicht entschieden werden können, ist damit die Schwierigkeit der Scheidung der Grenzfälle noch nicht gehoben: Wann ist sonst eine Handlung in Ausführung einer Verrichtung, wann nur bei dieser Gelegenheit unternommen?" [79])

Hier wird häufig die Entscheidung zu dem ganz analogen Falle des Art. 1384 Code civil zitiert [80]). Das R.G. verweist in dieser Entscheidung auf die Praxis des französischen Rechts, gemäß der unter Gleichstellung der Begriffe „dans les fonctions und à l'occasion des l'exercice des fonctions" zur Begründung der Haftpflicht schon eine bei Gelegenheit der Verrichtung vorgenommene Schädigung genügt. Die Entscheidung besagt: „Nach der für richtig zu erachtenden Auffassung kann es zur Anwendung des Art. 1384 Code civil nicht genügen, daß etwa ein zeitliches Zusammentreffen der schädigenden Handlung mit der Ausführung des Auftrages stattfindet, noch auch, daß die schädigende Handlung aus Anlaß oder infolge der Aus-

H.G.B. zu § 385. Neumann Anm. II 1c zu § 731. Oertmann 2b zu § 831. Schütz S. 55. Staub zu § 58 und 241. Dagegen: Fels a. a. O. S. 32. Liszt S. 103 Anm. 6.

79) K. Fischer a. a. O. S. 80ff.

80) R.G.E. 24 S. 334 u. S. 125. Zachariae II § 447.

führung des Auftrages ausgeübt wurde. Vielmehr ist erforderlich, daß die Handlung zur Vollziehung des Auftrages stattgefunden habe. Es muß also die schädigende Handlung in den Kreis derjenigen Verrichtungen gehören, welche die Ausführung des Auftrages darstellen. Handlungen, die außerhalb dieses Kreises liegen, erzeugen keine Haftpflichten des Committenten."

Der Verletzte muß demgemäß durch eine rechts- oder pflichtwidrige Ausführung der Verrichtung beschädigt sein [81]).

Ebenso verlangt das R.O.H.G. in seiner Entscheidung Bd. 25 S. 183 (Bad. Landrecht) einen inneren Zusammenhang zwischen Verrichtung und der schädigenden Handlung, hält ein bloßes zeitliches oder örtliches Zusammentreffen der schuldhaften Handlung mit der Verrichtung für nicht genügend, um die Haftung des Herrn zu begründen. Vgl. ferner die von K. Fischer nach Gysler S. 51 zitierte Darlegung des französischen [82]) Juristen Junier:

„Die schädigende Handlung müsse direkt oder indirekt aus der Arbeit hervorgehen, die der Bestellte verrichtet, und sich nicht nur auf irgend eine Weise durch zeitliche, örtliche oder dienstliche Umstände damit verbinden."

Eine Körperverletzung z. B. oder eine Tötung wird also nicht in Ansehung der Verrichtung erfolgen, wenn ein Arbeiter mit einem anderen während der Arbeit in Streit geriet und von diesem mit einem Arbeitswerkzeuge verletzt wurde (vgl. die schon zitierte Entscheidung des R.O.H.G. und ebenso R.G. E. 24 S. 117 ff.). In dieser letzteren Stelle fügt das R.G. hinzu, „es fehle die Feststellung, daß sich die hier in Betracht kommende Mißhandlung als eine zur Ausführung des Auftrages gehörende Handlung und damit als ein Teil der Ausführung selbst darstelle". Das R.G. scheint also, wie K. Fischer a. a. O. hervorhebt, die Ansicht zu vertreten, daß unter besonderen Umständen

81) Vgl. Nölbecke und K. Fischer a. a. O.

82) Gysler, Haft. f. fremde culpa nach Schweiz. Obl.R. Diss. Zürich 1892.

auch eine vorsätzliche Handlung in Ausführung der Verrichtung vorgenommen sein könnte.

Ich möchte darin nun Fischer völlig beistimmen, wenn er sagt, eine solche Möglichkeit lasse sich nicht vorstellen, denn wenn der Geschäftsherr den Bestellten nicht gerade mit der Mißhandlung beauftragte, ein Fall, der hier garnicht in Betracht gezogen werden kann, sei es undenkbar, daß eine Mißhandlung „zur Ausführung des Auftrages gehört". Der auf den rechtswidrigen Erfolg gerichtete dolose Wille läuft in ganz anderen Bahnen, wie der Eingehungswille des Vertreters. Bei einem solchen dolosen Verhalten wird dann nicht mehr die Eingehung des Rechtsgeschäfts Endzweck des Handelns des Vertreters sein, sondern vielleicht höchstens Mittel zum Zweck, nämlich zu der dolosen Handlung. Anders dagegen liegt es bei fahrlässiger Schädigung. Diese ist im engsten Zusammenhange mit dem Einigungsakte des Vertreters denkbar. Der auf diesen Endzweck gerichtete Wille wird hier nicht in andere Bahnen gelenkt. Das liegt ja auch schon im Begriff der Fahrlässigkeit, daß der Schaden eintritt, ohne daß der Schädiger ihn wollte oder voraussah. Dabei ist demgemäß keine Willensablenkung für vorliegend zu erachten; anders aber, wie oben dargelegt, bei dolosem Verhalten. Dazu vgl. Entsch. des O.L.G. Köln (Puchelts Ztschr. für franz. Zivilr. Bd. 24 S. 104, ferner Entsch. des O.L.G. Karlsruhe, Recht 1903 S. 154, Bad. Rechtspr. 1903 S. 62). Hier wird ausdrücklich gesagt betr. des § 278 in Verbindung mit § 831, „der Geschäftsherr sei hier nicht für alle von seinen Hülfspersonen „bei Gelegenheit" [83]) der Erfüllung begangenen Versehen verantwortlich zu machen. Vielmehr sei zu unterscheiden, ob das Versehen den Tatbestand einer selbständigen unerlaubten Handlung bilde, die mit der Vertragserfüllung nur äußerlich zusammenhängt, oder ob es ähnlich, wie

83) [Vgl. Ent. d. R.G. II 10. XI. 06 182,6. „Eine allgemeine Haftung für die bei Gelegenheit des Vertragsabschlusses begangenen Handlungen sind nicht etwa aus § 276 und 278 herzuleiten"; ferner: Entsch. v. 18. III. 01 (Recht. 03 326) u. E. des R.G. Bd. 51 S. 91 (Jurist. Woch. 1902. 276)].

in § 831, in Ausführung bezw. in Ansehung der Erfüllung begangen ist". Vgl. ferner R.G. E. 7. April 1905, Soergel, Rechtspr. 1905 S. 61, wonach der mit der Ausführung und Erfüllung von Handelsgeschäften beauftragte Handlungsbevollmächtigte den Prinzipal nicht für Diebstähle und Unterschlagungen, die er bei Gelegenheit seiner Obliegenheiten begangen hat, haftbar macht.

Wir kommen nun in Übereinstimmung mit Fischer, Wertheimer und Meißner[84]) „zu dem Ergebnis, daß vorsätzliche Schädigung nie in Ausführung der Verrichtung erfolgt[85]). Bei fahrlässigen muß die Frage von Fall zu Fall unter Anwendung des oben bezeichneten Kriteriums untersucht werden; dabei ist zu beachten, daß sich mangelhafte Ausführung unter Umständen immer noch als Ausführung darstellen kann". Dies auf unseren Fall angewendet, ergibt:

In den Kreis der vom Vertreter in Ausführung der ihm als solchen obliegenden Verrichtungen fallen nicht diejenigen, die gelegentlich der Ausführung vorgenommen werden. Es wird demgemäß für solches Verhalten nicht gehaftet. Ferner: Dolöses Verhalten gilt stets als bei Gelegenheit der Ausführung der Verrichtung an den Tag gelegt.

Gegen die hier dargelegte, von Theorie und Praxis als die herrschende anerkannte Meinung wendet sich Liszt (Deliktsobligationen S. 103 Anm. 6) und Achilles (Komm. zum B.G.B. zu § 278 S. 138 ff.) (vgl. auch Bieder, Haft. für fremde unerl. Handl. nach Schw. Obl.R., Ztschr. f. schw. R. Bd. 27 S. 327, 374).

Es ist nicht zu verkennen, daß diese Ansicht vieles für sich hat.

Nach Liszt ist eine Einschränkung im obigen Sinne verfehlt; die Haftung des Geschäftsherrn für die von seinen Be-

84) K. Fischer a. a. O. Wertheimer Haft. d. Schuld. Diss. 1900. Meißner S. 296, dagegen Liszt S. 103 Anm. 6.

85) [Bei Vorsatz des Vertreters ev. § 823.]

stellten in Ausführung der übertragenen Verpflichtungen begangene Handlung habe nur den praktischen Wert, wenn sie sich auf die Handlungen erstrecke, die aus Anlaß dieser Ausführung begangen werden. Auch im Kommentar zum B.G.B. von Achilles scheint diese Ansicht vertreten zu sein, was aus dem bei § 278 B.G.B. gebildeten Beispiele ersichtlich ist. Der Geselle eines Handwerkers, welcher von diesem zur Vornahme einer Reparatur in die Wohnung des Gläubigers geschickt wird, begeht dabei einen Diebstahl. Der Schuldner soll gem. § 831 für seinen Gehülfen haften.

Von Anhängern der herrschenden Meinung (so z. B. Nölde cke a. a. O. S. 779) wird nun die von ihr angenommene beschränkte Haftung als ganz dem Verschuldungsprinzip entsprechend hingestellt. Denn nach diesem hafte der Geschäftsherr, weil er diese Person zu einer Verrichtung bestellt hat. Er kann also nur für sie haftbar gemacht werden, solange sie sich innerhalb der Grenzen der Verrichtung bewegt. Stellt sie sich außerhalb der aufgetragenen Verrichtung, springe sie von der Ausführung in irgend einer Weise ab, dann treffe den Geschäftsherrn keine Schuld und folgerichtig keine Ersatzpflicht. Dieser Behauptung, besonders dem letzten Satze, möchte ich nicht beipflichten. Die präsumierte Schuld des Geschäftsherrn besteht in der culpa in eligendo, die an sich mit der schädigenden Handlung, wenigstens was ihre Existenz anbelangt, nichts zu tun hat. Es sind Fälle denkbar, in denen trotz nicht sorgfältiger Auswahl des Bestellten, trotzdem keine Gelegenheit zur Haftung des Vertretenen eintreten wird, und zwar deshalb, weil eben der Vertreter nicht rechtswidrig handelte. Die Haftung für die eigenes Verschulden darstellende culpa in eligendo ist abhängig von dem Handeln des Vertreters. Die culpa selbst ist aber sicher, davon unabhängig, schon vorhanden, wenn der ungeeignete Vertreter bestellt wird. So wird z. B. der Geschäftsherr, wenn er zu seinem Prokuristen eine schon mehrfach wegen Eigentumsdelikten bestrafte Person, ohne sich nach deren Vorleben erkundigt zu haben, bestellt, sicher sich dadurch einer culpa in eligendo schuldig

machen. Läßt sich nun dieser Prokurist bei Eingehung der ihm obliegenden Rechtsgeschäfte kein rechtswidriges Verhalten zu schulden kommen, so wird auch keine Haftung seitens des Geschäftsherrn eintreten. Trotzdem bleibt seine culpa bestehen, denn diese lag ja schon mit dem Akte der fahrlässigen Bestellung vor. Der Gedanke, daß nun der Geschäftsherr für die vom Vertreter auch gelegentlich seiner Obliegenheiten vorgenommenen rechtswidrigen Handlungen haften soll, liegt gar nicht so fern, denn eine culpa auf seiten des Geschäftsherrn liegt ja vor. Warum sollte er nicht auch dafür haften, wenn er nach dem Gesetze haften müßte, wenn der Vertreter unter denselben Umständen bei der Eingehung, nicht gelegentlich derselben, rechtswidrig gehandelt hätte. Daß diese Haftung des Geschäftsherrn so bedenklich wäre, wie die Motive a. a. O. annehmen, dem möchte ich auch nicht beistimmen. Wenn der Vertretene sich bei Auswahl des Vertreters, wie im obigen Beispiele, einer culpa in eligendo schuldig macht, und dem Gegenkontrahenten zugemutet wird, mit einer unehrlichen Person sich in Geschäftsverhandlungen einzulassen, an deren Ehrlichkeit jener aber von vornherein keinen Grund hat, zu zweifeln, und dem Gegenkontrahenten dann von dieser Person ein Schaden zugefügt wird, so wäre es durchaus nicht bedenklich, sondern recht und billig, daß der den Schaden trägt, der dem Vertreter Gelegenheit zu solchem Handeln gab. Ein Ersatzanspruch gegen den eigentlichen Schädiger würde zudem meist illusorisch sein. Eine erschwertere Stellung betreffs seines Exkulpationsbeweises würde auch bei dieser weitergehenden Haftung der Geschäftsherr nicht einnehmen. Trifft ihn wirklich keine Schuld, und der Vertreter handelt rechtswidrig, so wird ihm der Exkulpationsbeweis nicht schwer fallen. Je weiter entfernt in rechtlicher Beziehung von der Verrichtungshandlung die schädigende Handlung liegt, um so leichter wird dem Vertretenen der Exkulpationsbeweis gelingen. Nur bei Kausalzusammenhang (der allerdings präsumiert wird vom Gesetze) zwischen dem Verschulden des Geschäftsherrn und der Schädigung tritt ja die Haftung ein, wie später dargelegt werden soll.

Bei nur gelegentlich vorgenommener Schädigung dürfte der Beweis, daß diese nicht in ursächlichem Zusammenhange steht, nicht schwer fallen, vorausgesetzt, daß den Geschäftsherrn tatsächlich keine Schuld trifft.

Es ist keineswegs zu verkennen, daß diese Folgerung nicht aus dem Wortlaute des Gesetzes gezogen werden kann, sondern, daß *man, folgt man der gesetzlichen Form,* **nur** *zu der ersten Ansicht* kommen kann, was hier nochmals ausdrücklich hervorgehoben werden soll. Jedoch dürfte man aus Billigkeitsrücksichten bei der praktischen Verwertung dieser Meinung zu möglichst extensiver Interpretation geneigt sein. De lege ferenda würde wohl auch die Annahme dieser zweiten Ansicht mehr zu empfehlen sein.

Nach § 831 haftet der Vertretene unter den in den letzten beiden Abschnitten angeführten Voraussetzungen ferner nur, wenn ihn ein Verschulden trifft, oder besser gesagt, wenn er nicht nachweisen kann, daß ihn kein Verschulden trifft. Ihn ohne weiteres für solches, gar nicht von ihm gewolltes und wohl auch nicht vorausgesehenes rechtswidriges Verhalten des Vertreters haften zu lassen, liegt kein Grund vor, denn nur, wer etwas verschuldet hat, kann dafür haftbar gemacht werden (Verschuldungsprinzip). Andererseits trifft den Geschädigten kein Verschulden und seinen Schadensersatzansprüchen muß das Gesetz auch gerecht werden. Es muß dem Rechnung getragen werden, daß der Schaden durch die Beauftragung dieses Vertreters und zwar schuldhafterweise seitens des Anstellers verursacht worden ist. Beide Interessen abwägend, läßt das B.G.B. den Vertretenen daher grundsätzlich haften. Es präsumiert bei einem widerrechtlichen Verhalten des Vertreters, daß den Vertretenen Schuld treffe, und zwar insofern, als angenommen wird, er habe die bei der Auswahl nötige Sorgfalt nicht beobachtet. Es präsumiert ferner, daß Kausalzusammenhang zwischen dieser Schuld und der eingetretenen Schädigung bestehe.

Der Geschäftsherr haftet also nach § 831, es sei denn, daß er den Beweis liefere, daß ihn keine Schuld an dem Schaden

trifft. Seine Rechtslage ist also durch die gegen ihn sprechenden Vermutungen der Verschuldung erschwert. Um von dieser Haftung frei zu sein, muß er nachweisen, daß ihn keine culpa in eligendo treffe, daß er also „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt" beobachtet, also nicht fahrlässig gehandelt hat, und zwar sowohl bei der Auswahl der bestellten Personen, als auch (der hier wohl kaum in Betracht kommenden) Beschaffung der Vorrichtungen und der Leitung der Ausführung.

Betreffs der Auswahl genügt im allgemeinen der Nachweis einer Sorgfalt, die in dem vernünftigen und normalen Verkehr für erforderlich und genügend gehalten wird [86]). Der Geschäftsherr wird sich also an geeigneter Stelle über den zu Bestellenden erkundigen müssen, „dabei kommt es allerdings viel auf die Art und den Umfang der zu übertragenden Verrichtung an. Gewöhnlich wird dem Bestellenden nicht zuzumuten sein, daß er seine Erkundigungen durch die ganze Reihe der früheren Stellen anstellt, es wird vielmehr die Prüfung der — eventuell vorhandenen — Zeugnisse in Verbindung mit persönlichen Umfragen bei den letzten Herren und gelegentliche eigene Beobachtung für hinreichend zu erachten sein" [87]).

Je nach den Umständen ist auch ein verschiedener Maßstab an die Sorgfalt der Auswahl zu legen [88]). Bei schwierigen verantwortlichen Verrichtungen wird der positive Nachweis erbracht werden müssen, daß die bestellte Person die ausreichende fachmännische und individuelle Befähigung zur Vornahme der betreffenden Verrichtungen besitze. Es wird dann auch zu beweisen sein, daß die bei der Bestellung vorhandenen Fähigkeiten nicht verloren sind [89]). Bei einfachen Verrichtungen hingegen wird regelmäßig der Nachweis genügen, daß die betreffende Person

86) Vgl. Sächs. Archiv 12 S. 631. O.L.G.E. 9 S. 42. Jurist. Woch. 1902 B. 256, 1905 S. 340, 1906 S. 244, 936. R.G.E. Bd. 53 S. 57.

87) R G. 18. XII. 05 (Recht 1906 244); ferner R.G. 27. IX. 06. (Recht 1906 S. 1376).

88) Planck S. 1005.

89) R.G.E. Bd. 53 S. 57, Bd. 59 S. 203. Entsch. d. O.L.G. Köln 17. VI. 06 (Recht 1906 S. 936 f.)

nach ihrem Alter oder Berufe zu der Vornahme der Verrichtung geeignet erschien.

Hat der Geschäftsführer diese Sorgfalt bei der Auswahl gezeigt, so wird es ihm nicht als Mangel derselben anzurechnen sein, wenn sich der Vertreter *später* als ungeeignet und unzuverlässig erweist.

Jedoch ist der Nachweis der nötigen Sorgfalt nicht mit allgemeinen Erwägungen erbracht [90]).

Bei allen Fällen sind aber, wie gesagt, die besonderen Umstände zu berücksichtigen und es ist peinlich im Gesetz vermieden, den Richter in der Berücksichtigung und Verwertung der Verhältnisse irgendwie zu binden, was klar dadurch zum Ausdruck kommt, daß alles auf den Begriff „der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" abgestellt ist [91]). Es kann sich natürlich nur um den „gehenden", den „vernünftigen" Verkehr handeln, und man wird sich „mit Vorkehrungen begnügen dürfen, die nach vernünftiger, auf die Erfahrung gegründeter Erwägung ausreichen, wenn auch besondere Zufälligkeiten ihre Wirkungen vereiteln" [92]).

Eine allgemeine Regel läßt sich jedenfalls nicht aufstellen.

Betreffs der Sorgfalt bei Beschaffung der Verrichtungen usw.[93]), die hier im Falle der Stellvertretung im technischen Sinne nur ganz ausnahmsweise, meist garnicht in Betracht kommen wird, ist bestimmend zunächst das zwischen Besteller und Bestellten obwaltende Verhältnis. Es kommt mangels besonderer Abrede darauf an, ob nach der normalen Verkehrsauffassung dem Besteller die Beschaffung obliegt. Da dies nur bei faktischen Verrichtungen der Fall sein wird, scheidet dies hier wohl aus.

Eine Pflicht, die Ausführung der Verrichtung zu leiten, ist nicht in allen Fällen gegeben. Dies ergibt der Wortlaut, „sofern"

90) R.G.E. 10. V. 06 (Recht 1906 S. 860).

91) K. *Fischer* a. a. O. S. 85.

92) Prot. II 604. Bayr. O.L.G. Samml. d. Entsch. Nr. 7 Bd. 9 S. 55.

93) cf. R.G.E. Bd. 4 S. 57, Bd. 9 S. 42, Bd. 53 S. 124. *Recht* 1906 S. 300. D.J.Z. 1902 S. 461. J.W. 1902 S. 256, 1903 S. 18. Sächs. Arch. 12. 631.

er die Aufsicht zu führen hat. Entlastungsbeweis ist also nach dieser Richtung nur bei solchen Verrichtungen zu führen, die unter Leitung vorgenommen zu werden pflegen. Daß es sich in unserem Falle der Stellvertretung nicht um eine derartige Verrichtung handelt, bedarf nicht weiter der Darlegung [94]).

In § 831 wird nun eine diligentia in eligendo, nicht in custodiendo statuiert. Wenn der Geschäftsführer beweist, daß er bei der Auswahl die gehörige Sorgfalt beobachtet hat, tritt die Haftpflicht nicht ein, und nur in den — hier kaum in Betracht kommenden — Fällen, wo die Geschäfte unter Leitung vorgenommen zu werden pflegen, sowie, wo er Gerätschaften zu besorgen hat, muß sich der Beweis der Sorgfalt auch darauf erstrecken [95]).

Eine zweite Vermutung erschwert die Rechtslage des Vertretenen bei rechtswidrigem Verhalten noch weiterhin. Es wird nämlich vermutet, daß zwischen dem Verhalten des Geschäftsherrn und dem eingetretenen Schaden ein Kausalzusammenhang bestehe. Das Gesetz spricht das aus, indem es bestimmt, den Geschäftsherrn treffe die Beweislast dafür, daß der Schaden auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entstanden wäre. Er hat sonach zu beweisen, daß die ihm zur Last fallende Verletzung der diligentia in eligendo nicht mit dem Schaden in ursächlichem Zusammenhange steht.

Es ist hier hervorzuheben, daß die Fassung des Paragraphen lautet, „daß der Schaden auch bei Anwendung der Sorgfalt *entstanden wäre*", nicht „*hätte entstehen können*".

Das R.G.[96]) entscheidet demgemäß, daß „die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für die Verrichtung der hierzu Bestellten nicht durch die Möglichkeit aufgehoben werde, daß trotz der Beobachtung der ihm obliegenden Sorgfalt der Schaden *entstanden sein könnte*. Befreit wird er vielmehr nur durch den Nachweis, daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt

94) Bad. R. 1903. 57. R.G. Bd. 53 S. 56.

95) J.W. 1902 S. 256. Sächs. Arch. 12. 651. D.J.Z. 1903 S. 502. Recht 1905 S. 618. R.G.E. Bd. 53 S. 56. O.L.G. 4 S. 57.

96) Recht 1906 S. 376, S. 244. J.W. 1904 S. 471. O.L.G. 4 S. 284.

entstanden sein würde. Erst die Unabwendbarkeit des Schadens befreit von Verantwortung".

Dabei ist es gleichgültig, ob die in objektiven Momenten begründet ist oder in subjektiven (z. B. wenn der Bestellte mit ganz besonders großem, auch bei sorgfältigster Überwachung nicht entdeckbarem Raffinement gehandelt hat) [97]).

Bisher war nur davon gehandelt, daß der Geschäftsherr allein für den Schaden des Vertreters haftet. Es frägt sich nun, inwieweit diese Haftung sich modifiziert, wenn der Geschädigte auch den Vertreter belangen kann, und wann dies überhaupt möglich ist.

Wie vorher dargelegt, ist, um eine Haftpflicht des Vertretenen zu begründen, nur objektive Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Vertreters erforderlich.

Ist das Verhalten aber auch subjektiv rechtswidrig, d. h. trifft den Vertreter ein Verschulden, vorausgesetzt, daß er deliktsfähig ist, so ist auch gegen ihn ein Schadensersatzanspruch begründet gemäß § 823. Vertreter und Vertretener haften dann gemäß § 840 $_1$ als Gesamtschuldner. Ihr Verhältnis regelt sich dann gemäß § 421. Demnach kann der Geschädigte Ersatz des Schadens von jedem, nach Belieben ganz oder zum Teil, fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben aber beide verpflichtet. Da die Leistung nur einmal zu bewirken ist, wird also der andere Inanspruchgenommene frei, wenn der eine den Geschädigten befriedigt, es sei denn, daß dies nur teilweise geschah [98]). — Wird der Vertreter zuerst in Anspruch genommen und befriedigt er den Geschädigten nicht ganz, so kann dieser sich betreffs des Restanspruches an den Vertretenen halten.

Was nun das Verhältnis des Vertreters und des Vertretenen untereinander anbelangt, so stellt sich § 840 als Ausnahme von § 426 dar, insofern er einen Fall betrifft, für den „ein anderes bestimmt" ist [99]). Falls nämlich neben dem Vertretenen, der nach

97) K. Fischer a. a. O. S. 89. Schütz S. 61. Oertmann I 569.
98) JW. 1906 S. 59.
99) Motive II S. 737.

§ 831 zum Ersatz des vom Vertreter verursachten Schadens verpflichtet ist, auch der Vertreter für den Schaden verantwortlich ist, so ist in ihrem Verhältnis zu einander der Vertreter allein verpflichtet. Dem den Beschädigten befriedigenden Geschäftsherrn steht also ein Regreßanspruch gegen den Vertreter zu, nicht dagegen im umgekehrten Falle diesem gegen den Vertretenen.

Ein anderer Fall ist der des § 831 Abs. 2; wenn ein anderer durch Vertrag die Verpflichtung des Geschäftsherrn übernimmt, also die Auswahl der Leute usw., so haftet der Geschäftsleiter in demselben Umfange und unter denselben Voraussetzungen wie der Geschäftsherr. Seine Haftung für rechtswidriges Verhalten des von ihm Bestellten ist also genau so zu beurteilen, wie die Haftung des Geschäftsherrn für ein solches Verhalten seitens des von ihm — dem Geschäftsherrn — Bestellten. Auch das Innenverhältnis zwischen Geschäftsleiter und dem von ihm Bestellten ist dasselbe, wie das oben behandelte zwischen Geschäftsherrn und Vertreter. Da nun aber dieser Geschäftsleiter auch unter die Kategorie der nach § 831 Abs. 1 S. 1 Bestellten fällt, liegt hier neben dem oben behandelten Bestellungsverhältnis — das sich übrigens auch als Stellvertretung charakterisieren kann — noch ein zweites vor, nämlich zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsleiter, das sich auch wieder nach den festgestellten Haftungsgrundsätzen bestimmt. Wenn also dieser Geschäftsführer in Ausführung seiner Verrichtung einem Dritten widerrechtlichen Schaden zufügt, so hat gem. § 831 der Geschäftsherr dafür zu haften. Er kann sich jedoch auch hier von der Haftung befreien, wenn er nachweist, daß er zu der Bestellung nach der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses befugt war und er bei Auswahl des Bestellten die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat[100]).

Kann er diesen Nachweis nicht erbringen und hat auch der Geschäftsleiter schuldhaft gehandelt, so haften beide als Gesamtschuldner, wie vorher festgestellt wurde, gem. § 840 Abs. 1.

---

100) O.L.G. Augsburg Ent. 31. X. 02 (Recht 7 S. 17). R.G. 9. VIII. 06. J.W. 1906 S. 547.

Wie liegt nun aber das Innenverhältnis zwischen Herrn und Leiter? Da auch der nach Abs. 2 des § 831 den Geschäftsherrn Vertretende unter den Kreis der Personen fällt, die der Geschäftsherr zu einer Verrichtung bestellt hat, so muß sich auch das Innenverhältnis zwischen beiden, wie oben festgestellt wurde, gemäß § 840_2 regeln, wo bestimmt wird, daß, wenn der Geschäftsherr, welcher nach § 831 zum Ersatze des von einem andern (hier dem Geschäftsleiter) verursachten Schadens verpflichtet ist, auch der andere für den Schaden verantwortlich ist, daß auch dann in ihrem Verhältnis zu einander der andere — der Geschäftsleiter — allein verpflichtet ist.

Breitenstein (a. a. O. S. 66) vertritt nun die Ansicht, daß „hier § 840. 2 keine Anwendung finde, vielmehr bestimme sich der Ausgleich zwischen Geschäftsherr und Geschäftsleiter nach dem zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnis. Er begründet das damit, daß dieser Abs. 2 § 840 sich nur auf das Verhältnis des Geschäftsherrn zu dem Angestellten beziehe, also den Fall behandele, daß der Angestellte neben dem Geschäftsleiter bezw. dem Geschäftsherrn verantwortlich ist, und den Ausgleich zwischen diesen Personen regele. Nun vertritt auch er die Ansicht, daß der Geschäftsleiter ein vom Geschäftsherrn gem. § 831 Abs. 1 S. 1 zu einer Verrichtung Bestellter sei. Breitenstein widerspricht sich also, wenn er dem Wortlaute des Gesetzes gemäß in § 840_2 das Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und dem von ihm Bestellten geregelt sieht, hier aber den Geschäftsleiter entgegen seiner vorher angenommenen Meinung nicht zu den vom Geschäftsherrn Bestellten rechnet. Seine Ansicht ist also unrichtig. Es liegt kein Grund vor, das Innenverhältnis hier nicht nach § 840_2 zu beurteilen. Dieser Ansicht ist auch Planck (S. 1036_2 zu § 840), wenn er sagt, im Falle des § 831 Abs. 2 habe derjenige, welcher vertragsmäßig die Aufsicht usw. übernommen habe, — also der Geschäftsleiter — regelmäßig auf Grund des Vertrages für den durch Verletzung seiner Aufsichtspflicht entstandenen Schaden dem anderen Teile aufzukommen. Daß hier unter „dem anderen Teile", der vom Geschädigten in An-

spruch genommene Geschäftsherr, nicht etwa der Geschädigte selbst zu verstehen ist, ist einleuchtend, ergibt sich auch aus den im Weiteren von Planck angeführten Beispielen.

Daß das bisher Festgestellte auch auf unseren Fall paßt, daß nämlich der, welcher durch Vertrag die Verpflichtungen des Geschäftsherrn übernommen hat, sagen wir auf Grund Auftrages, mit Vollmacht zum Eingehen von Rechtsgeschäften ausgestattet ist, demnach Vertreter im Rechtssinne sein kann, dem steht nichts entgegen. Ebenso wird der Fall liegen können bei dem von dem Geschäftsleiter Bestellten. Somit würde z. B. der Geschäftsherr für das rechtswidrige Verhalten seines Geschäftsleiters haften, wenn dieser bei seiner Verrichtung ein rechtswidriges Verhalten, eine culpa in eligendo an den Tag legte. Dieser selbst würde dann bei solcher culpa auch für einen Schaden des von ihm Bestellten haften. Wem würde nun in diesem Falle der Geschäftsherr haften? Die Antwort wird lauten dem von seinem Vertreter, — dem Geschäftsleiter — Geschädigten. Er hat aber nur indirekt geschädigt durch seinen mit nicht gehöriger Sorgfalt ausgewählten Angestellten, sodaß der Geschäftsherr für diesen mittelbar von seinem Geschäftsleiter einem Dritten rechtswidrig zugefügten Schaden verantwortlich gemacht werden kann.

Daß sich § 831 nur auf die Haftung des Vertretenen für den rechtsgeschäftlichen Vertreter beziehen kann, ist schon gelegentlich der Besprechung des § 278 dargelegt worden[101]). Der gesetzliche Vertreter ist nicht von dem, den er vertritt, bestellt; dennoch kann man nicht sagen, daß § 831 nicht auch unter den zu einer Verrichtung bestellten Personen die gesetzlichen Vertreter miteinbegreife. Es wird dann zwar keine Haftpflicht des Vertretenen für seinen gesetzlichen Vertreter statuiert, sondern eine Haftung dessen, der den gesetzlichen Vertreter, z. B. einen Vormund, bestellt hat, für das rechtswidrige Verhalten desselben in Ausführung seiner Verrichtung. Man könnte also schon aus § 831 z. B. eine Haftung des Familienrates folgern für rechtswidriges Verhalten des von

101) Motive II 734.

ihm bestellten Vormundes, wenn bei dessen Auswahl nicht die erforderliche Sorgfalt angewendet wurde.

Nun bestimmt § 1848 u. § 1872_2, daß ebenso wie der Vormundschaftsrichter bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung der ihm obliegenden Pflichten dem Mündel verantwortlich ist, auch die Mitglieder des Familienrates verantwortlich sein sollen. Hier handelt es sich um fahrlässige Verletzung der ihm obliegenden Pflicht. Dazu bestimmt nun § 834:

„Fällt dem Beamten eine Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag." Ferner § 841: „Ist ein Beamter, der vermöge seiner Amtspflicht einen anderen zur Geschäftsführung für einen Dritten zu bestellen ꝛc. hat, wegen Verletzung dieser Pflichten neben dem anderen für den von diesem verursachten Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnisse zu einander der andere allein verpflichtet."

Zu demselben Resultate käme man betreffs des Außen- und Innenverhältnisses zwischen Bestellendem, Bestellten und Geschädigten, berücksichtigte man nur, wie vorher den § 831 in Verbindung mit § 840_2.

Die vorher für die Haftpflicht des Vertretenen für rechtswidriges Verhalten des Vertreters gewonnenen Gesichtspunkte finden mithin durch diese Spezialbestimmungen des B.G.B. ihre Bestätigung, allerdings ist in den beiden Fällen das Verhältnis zwischen der bestellten Person und der Bestellenden, ebenso wie das des Vertretenen und des Vertreters ein verschiedenes, insofern nämlich in unserem Falle die den Vertreter bestellende Person zugleich die Vertretene ist, im zweiten Falle aber Besteller des Vertreters und Vertretener verschiedene Personen sind.

Man könnte demnach aus § 831 eine Haftung auch für den gesetzlichen Vertreter folgern, aber die auf Grund der Bestellung haftende Person ist dann nicht identisch mit der vertretenen. Es ist dann zu sprechen von einer Haftung des einen anderen zu einer Verrichtung Bestellenden für das rechtswidrige Verhalten dieser Person dem durch sie Vertretenen gegenüber.

Der springende Punkt ist also:

In unserem Falle liegt zwischen Besteller und Bestelltem ein Vertretungsverhältnis vor, in dem Beispiel des Vormundes aber liegt ein solches Verhältnis vor zwischen dem Bestellten und dem von ihm Geschädigten, so daß mit Recht die Behandlung dieser Haftung für den gesetzlichen Vertreter ausgeschieden worden ist.

2. Teil.

Nachdem so im ersten Teile dieser Abhandlung die Haftung der natürlichen Person für rechtswidriges Verhalten des Vertreters behandelt ist, soll jetzt im zweiten Teile von der Haftung der juristischen Person die Rede sein.

Bevor aber im Einzelnen darauf näher eingegangen werden kann, wird es zuvor nötig sein, den Begriff und das Wesen der juristischen Person selbst festzustellen und die wichtigsten darüber aufgestellten Theorien kurz zu erörtern.

Der technische Ausdruck „juristische Person" stammt von Heise (1807) und wurde hauptsächlich durch Savigny eingebürgert[1]). Früher waren die Ausdrücke „fingierte, mystische oder moralische" Person üblich (so z. B. preuß. A.L.R. I 9, 624, I 14, 174, I 23 § 3, II 6, 13, II 6, 81, II 18, 115 und preuß. A.G.O. I 1 § 83, I 2 § 33, I 2 § 103 vergl. ferner Dernburg, Preuß. Pr.R. I § 49, ders. B.R. I § 65 Anm. 6) und im franz. Recht: „personne morale". Auch der Ausdruck „zusammengesetzte" Person findet sich (Pufendorf).

Was das Recht nun unter einer juristischen Person versteht, diese Frage beantwortet das B.G.B. nicht.

Wir definieren den Begriff dahin:

Eine juristische Person ist ein Rechtsobjekt, das nicht Mensch ist.

Welches ist nun aber das Wesen der juristischen Person?

Darüber sind im Laufe der Zeit zahlreiche Theorien aufgestellt worden.

---

1) Gierke, Deutsch. Privatr. I 469,2. Meurer, Die juristische Person S. 5.

Die von den Postglossatoren und Savigny vertretene Fiktionstheorie fußt auf dem Digestensatze „Hominum causa omne ius constitutum“ [2]).

Nur der Mensch könne Rechtssubjekt sein, wenn es aber trotzdem nötig sei, gewisse Einrichtungen mit Rechtsfähigkeit auszustatten, so werde vom Recht ein Rechtssubjekt fingiert. Unter Fiktion im juristischen Sinne versteht man nun „die Gleichstellung eines nicht wirklichen Sachverhalts mit einem wirklichen“ [3]).

Die bei den Romanisten früher unbedingt herrschende Theorie wird auch jetzt noch, wenn auch in abgeschwächter Form z. B. von Hölder vertreten [4]).

Die Anwendbarkeit einer solchen Fiktion auf die juristische Person ist heute mit Recht bestritten. Der richtige Kern der Fiktionstheorie dürfte aber, wie Leonhard a. a. O. mit Recht ausführt, darin liegen, daß die juristischen Personen allerdings insoweit fingierte Menschen sind, als ihr Vermögen im Zweifel ebenso zu behandeln ist, wie ein Menschenvermögen.

Auch ohne eine solche Fiktion, die nicht gerade als falsch, vielmehr als unklar, anzusehen ist, kann man das Wesen der juristischen Person feststellen.

Gegen die Fiktionstheorie wandte sich Brinz (Pand. I § 62 S. 207 ff.). Nach seiner Ansicht gehört „die juristische Person ebensowenig in die Personenlehre, wie die Vogelscheuche in die Naturgeschichte des Menschen“. Er führt des Näheren aus: Wenn nur der Mensch als rechtsfähig anzusehen sei, so könne man auf Grund einer Fiktion die Rechtsfähigkeit der juristischen Person

2) Dig. l. 2 de stat. hom. 1,5. Savigny System II S. 235. Brinz Pand. III S. 453 [weitere Literatur vgl.: Dauburg Pand. I § 59 ff. Windscheid Pand. I S. 57 ff.] ähnlich Böhlau Arch. f. z. Pr. Bd. 50 S. 359.

3) Leonhard, Allg. T. d. B.G.B. S. 107.

4) Hölder, Kommentar zum B.G.B. I § 21 S. 124 122: „sie ist nicht eine fingierte, aber sie besteht kraft einer Fiktion“; ferner: Hölder im Arch. f. öff. R. 21 308 ff., ders. in Iherings J. 53 40 ff.; vgl. Eck. I S. 86 ff.

überhaupt nicht begründen. Ein wirkliches Rechtssubjekt werde durch die Fiktion nicht geschaffen, vielmehr gerade das, was man als Träger des Rechts betrachtet, sei ja garnicht vorhanden. Nicht natürliche und juristische Personen seien demnach einander gegenüberzustellen, sondern Personenvermögen und Zweckvermögen. Auch diese Theorie wird noch heute verfochten, so von Schwarz[5]).

Sie muß aber als unhaltbar verworfen werden. Die juristische Person ist kein Zweckvermögen, sondern sie hat ein Zweckvermögen[6]). Sie ist eine Zweckverwaltung[7]). Jedes Vermögen, nicht nur das der juristischen Person, dient einem Zweck. Vor allem aber ist mit Dernburg (Pand. I S. 141 Anm. 9) gegen Brinz anzuführen, daß das Vorhandensein eines Vermögens nicht Begriffsmerkmal der juristischen Person ist, daß auch vermögenslose juristische Personen existieren (vgl. Staudinger, Bl. f. Rechtsanw. 62 (1897) S. 307, Westmann, Rechtsst. des Vorstandes eines rechtsf. Vereins in Leonh. Studienheft 11 (1903) S. 3).

Jhering (Geist des röm. R. III §§ 61 u. 66) hält die juristische Person nur „als mechanischen Rechtsträger für die Zwecke der Rechtsverfolgung". Die Destinatäre, die genußberechtigten Menschen seien die wahren Rechtsträger der juristischen Person. — Diese Theorie ist allseitig angefochten.

Nach der von Beseler begründeten, namentlich von Gierke vertretenen Theorie der realen Verbandspersönlichkeit ist eine juristische Person: „die von der Rechtsordnung anerkannte Fähigkeit eines menschlichen Verbandes, als ein von der Summe der verbundenen Personen unterschiedenes, einheitliches Ganze Subjekt von Rechten und Pflichten zu sein"[8]).

---

5) Vgl. Schwarz, Rechtssubjekt und Rechtszweck. A. Bürg. R. 32, 11 ff.

6) Leonhard a. a. O. S. 103.

7) Bamberg, zur Lehre von der Deliktsfähigk. der j. P. Diss. 1898 S. 26. Böhlau, Rechtssubjekt und Personenrolle S. 8. Krüger, Haft. d. jur. P. S. 18.

8) Gierke, Deutsch. P.R. Bd. I S. 469.

„Zu einer kollektiven, einer Verbandspersönlichkeit schließt sich eine Anzahl von Menschen zusammen, ohne doch ihre eigene Individualität aufzugeben." Es liegt also nach dieser Theorie weder bloße Vielheit, wie nach der Theorie Iherings, noch bloße Einheit, wie im Ergebnis der Fiktionstheorie vor, sondern Einheit in der Vielheit[9]).

Die Behandlung solcher Organismen als Personen ist aber nicht eine den tatsächlichen Verhältnissen widersprechende Fiktion, sondern nur die juristische Kennzeichnung eines wirklich vorhandenen Tatbestandes.

Da nun unser heutiges B.G.B. Normen gibt ebenso, wie für die natürliche Person, auch für die juristische, so kann man wohl mit Recht daraus schließen, daß die juristische Person auch im Bürgerlichen Recht als selbständiges Subjekt anerkannt wird und bezüglich der Rechtsfähigkeit dem Menschen gleichsteht (Endemann, Bürg. R. I S. 174 $_2$). Gegenüber diesen angeführten Theorien vertritt neuerdings Hölder[10]) (Natürl. u. juriſt. Person 1905) die Ansicht, daß die juristische Person kein reales, sondern ein gedachtes Rechtssubjekt, ein Rechtsverhältnis sei. Der Hölderschen Auffassung vom Wesen der juristischen Person nähert sich im Grundgedanken Binder[11]). Seine Lehre unterscheidet sich aber von der Hölders im Ausgangspunkte, denn sie beruht nicht auf dem Hölderschen Gedanken, daß die juristische Persönlichkeit des Menschen notwendig ebenso relativ sein müsse, wie seine physische Persönlichkeit, sondern auf der Idee, daß die Persönlichkeit als Rechtsbegriff nach dem Wesen

---

9) Oertmann, B.G.B. Allg. 7 S. 76; vgl. ferner: Preuß, Jahrb. d. D. 44 447ff. Regelsberger § 82. Cosak § 28 I. Dernburg § 65. Gareis Vorbem. Crome § 48 Ek. S. 86. Endemann § 39. Enneccerus § 96 I. Hafter, Delikts- und Straffähigk. der Personenverb. Rhomberg, Körperſch. Verschulden. Klingemüller, Haft. f. Vereinsorgane.

10) Hölder, Kommentar § 21ff. und Pand. S. 114ff. u. a. a. O. im A. Öff.R. 21, 308ff.

11) Binder, das Problem der juriſt. Persönlichk. Leipzig 1907.

des Rechtes bestimmt und deshalb relativ sein müsse; sie geht nicht vom Menschen, sondern vom Recht aus [12]).

In der Kritik der später zu erwähnenden Theorie Gierkes von der Gesamtperson stimmt mit den Hölderschen Ausführungen Stintzing [13]) überein. Die von Hölder und Gierke verfochtene Ansicht, daß die Rechtsfähigkeit eine Eigenschaft eines Wesens sei, bekämpft er aber. Nach seiner Ansicht ist sie vielmehr eine Rechtswirkung, eine rechtliche Potenz. Wie Hölder hält auch Stintzing die juristische Person als unpersönlich; er bekämpft aber die von Hölder daraus gezogenen Folgerungen, vor allem aber auch die sogenannte Amtstheorie. Im Einzelnen hierauf einzugehen, würde hier zu weit führen, vergl. aber Hellwig, D.J.Z. 1908, 1198. Die Meinung Hölders erblickt in der zur Einheit zusammengefaßten Vielheit aber zu Unrecht, wie Oertmann a. a. O. sagt, nur ein System rechtlicher Beziehungen, also ein Rechtsverhältnis, einen Relativbegriff, während es in Wahrheit sich dabei wohl zweifellos um einen Dingbegriff handele [14]).

Auch außer der natürlichen Person sind andere Rechtsträger real vorhanden, eben die juristischen Personen.

„Freilich hat die juristische Person äußerlich nicht Wesen und Art der natürlichen Person, ist sie doch nicht sichtbar, nicht körperlich, nicht mit einem einheitlichen Geist, Bewußtsein und Willen durch die Natur begabt. Damit ist aber kein Grund gegeben, die schwer ausrottbare Ansicht zu vertreten, daß die juristische Person etwas Fingiertes sei. Sie ist vielmehr eine reale Einheit mit selbständiger Rechtsfähigkeit, eine Einheit in der Vielheit und nicht eine Personenmehrheit“ [15]).

Wenn wir so die juristische Person als ein der natürlichen gleichstehendes Rechtssubjekt auffassen, könnte man zu dem Schlusse kommen, daß die für die natürliche Person geltenden

12) Vgl. Neumann J. d. d. R. 6,7 und 7,9.
13) Stintzing Kritisch. Viertelj. Schrift 47,232ff. und 109ff.
14) Vgl. Kistiakowski, Gesellsch. u. Einzelwesen S. 130.
15) Dernburg, Bürg.R. I S. 180ff.

Haftungsbestimmungen für rechtswidriges Verhalten der Vertreter auch hier in gleicher Weise in Anwendung kämen [16]).

Um dies zu entscheiden, muß nun im Weiteren auf die Bestimmungen des § 31 B.G.B. näher eingegangen werden, welcher lautet:

„Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt."

Der Vorstand wird hier den verfassungsmäßig berufenen Vertretern koordiniert, gehört mithin zu ihnen. Es ist hier nun von „Vertretern" die Rede, auch der Ausdruck „in Ausführung der Verrichtungen" ist derselbe, wie in § 831, wo, wie im ersten Teile dieser Abhandlung dargelegt ist, von der Haftung der natürlichen Person für Vertreter die Rede ist. Der letztere Ausdruck wird auch in § 31 ebenso zu interpretieren sein, wie in § 831 [17]).

Die Annahme, daß es sich auch in § 31 um Vertreter in dem von uns im Eingange dieser Arbeit festgestellten Sinne, also um Vertreter im Rechtssinne handelt, liegt daher sehr nahe.

Wir stellten fest, daß man unter Stellvertretung im Rechtssinne nur die „Vertretung im Willen" versteht, Vertreter also derjenige ist, der von einem anderen ermächtigt ist, in dessen Namen Rechtsgeschäfte vorzunehmen [18]).

Ob nun von Stellvertretern in diesem Sinne in § 31 die Rede ist, ob also die juristische Person handlungsunfähig ist und

---

16) Betr. d. geschichtl. Entw. vgl.: Gierke, Gen. Th. u. Genoss. Recht II, III. Krüger a. a. O. Klingmüller a. a. O. Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des R.G. 1883 Bd. I Nr. XII S. 335ff. Scheffer, die Theorien über das Wesen der jur. P. Löning, die Haft. des Staates aus rechtswidr. Handlung seiner Beamten.

17) Oertmann I 117. Planck I Anm. 3 zu § 31. Fischer-Henle Anm. 3 zu § 31.

18) R.G.E. 39 S. 186.

deshalb einer Vertretung bedarf oder ob sie durch Organe ihre Handlungsfähigkeit betätigt, darüber herrscht Streit [19]).

Um zu diesem Stellung zu nehmen, wollen wir uns zunächst mit der Vorfrage beschäftigen, ob die juristische Person handlungsfähig ist oder nicht, und hierbei auch die Rechtsgeschichte berücksichtigen.

Im römischen Rechte galt der Satz (l. 15 § 1 Dig. de dolo malo 4. 3): quid enim municipes dolo facere possunt? Die juristische Person galt als handlungsunfähig. Da das römische Recht im Prinzip auch die Stellvertretung im heutigen Recht nicht kannte, so war auch jegliche Haftung der juristischen Person für die Personen, welche sie nach außen hin vertraten, ausgeschlossen, außer wenn eine Bereicherung auf Grund der unerlaubten Handlung eingetreten war (l. 4 Dig. de vi et de vi armata 43. 16). Mit der Handlungsfähigkeit wurde auch die Deliktsfähigkeit verneint.

„Numquam curiae provinciarum rectoribus generali condemnatione multentur, cum utique hoc et aequitas suadet et regula iuris antiqui, ut noxa tantum caput sequatur, ne propter unius fortasse delictum alii dispendiis affligantur.“ [21])

Im Gegensatz zum römischen Rechte gilt im deutschen Rechte die juristische Person als handlungs- und deliktsfähig. Dieser Gegensatz der beiden Rechtsanschauungen beruht auf der verschiedenen Auffassung vom Wesen der juristischen Person. Während

---

19) Vgl. Klingmüller a. a. O. und in D.J.Z. 1902 S. 172. Leuel D.J.Z. 1902 S. 9ff. Krüger Haft. der jur. P. Rehbein S. 34. Kern in Festgabe für Wilke S. 177ff. Hölder Nr. 2b. R.G.E. Bd. 39 S. 183, Bd. 45 S. 75, 168ff., Bd. 47 S. 241ff. 328ff., Bd. 53 S. 276. D.J.Z. 1903 S. 223. Bayr. O.L.G. III S. 25 und 50.

20) Vgl. Löning a. a. O. S. 7ff. Dernburg, Pand. I § 66. Gierke D.Pr.R. Rocholl a. a. O. S. 355ff. Bolze a. a. O. S. 144f.; ferner l. 9 § 1 und § 3 Dig. 4 2, l. 78 § 2 Dig. 2 31, l. 17 § 2 Dig. 39 2.

21) Nov. Maioriani tit. 7 in Hugos Jus civile autejust. S. 1386 § 11; cf. Savigny, System II S. 321.

im römischen Recht scharf zwischen der Gesamtheit und der Summe der Einzelmitglieder unterschieden wurde, wurde im deutschen Recht die Handlung des einzelnen Menschen, da das Ganze von seinen Mitgliedern untrennbar sei, als eine von der Gesamtheit zu vertretende Handlung ausgefaßt (Löning a. a. O. S. 27) [22]).

Die Glossatoren endlich, die zwar auf dem römischen Rechte fußten, suchten dieses mit dem Rechtsbewußtsein ihrer Zeit in Einklang zu bringen. Nach ihrer Ansicht ist der übereinstimmende Wille aller Mitglieder identisch mit dem Willen der juristischen Person. Sie nehmen also Handlungsfähigkeit der juristischen Person an, was den römischen Quellen widerspricht. Sie wußten sich hier aber dadurch zu helfen, daß sie z. B. durch Hinzusetzung des Wortes facile den Satz „universi consentiri non possunt“ ergänzten und ihm so den entgegengesetzten Sinn gaben. So verfuhren sie auch anderweitig und schufen so, wie Gierke [23]) sagt: „eine Theorie, die zwar in den römischen Rahmen hineingebannt war“, in der Tat aber auf deutschrechtlichen Anschauungen fußte.

Diese von den Glossatoren begründete Theorie behauptete sich bis in die Neuzeit. Gegner entstanden ihr erst in den Postglossatoren und Savigny. Diese vertreten, wie schon erwähnt, die Fiktionstheorie [24]). Nach ihrer Ansicht ist die j. P. handlungsunfähig und bedarf der Vertreter, um Rechte und Pflichten erwerben zu können.

Nach der Ansicht von Brinz [25]), dem Verfechter der Zweckvermögenstheorie, wird das Zweckvermögen von Vertretern eines Zweckes, nicht von Vertretern einer Person verwaltet.

Von Beseler und Gierke, den Vertretern der Theorie der realen Verbandspersönlichkeit, ist die j. P. als handlungsfähig

22) Vgl. Löning a. a. O. S. 27ff. Klingmüller a. a. O. § 3 S. 13. Gierke D.Pr.R. S. 461 Gen. R. II S. 793 u. S. 817ff.
23) Gierke Gen. R. III S. 186 S. 204ff. Derf. D.Pr.R. S. 461.
24) Savigny, Syst. III S. 22ff.
25) Brinz Pand. III 556.

anzusehen. Sie bedürfe keine Vertreter, sondern handle durch ihre Organe, wie der Mensch durch seine Gliedmaßen. Eine Haftung der j. P. für ihre Organe war damit selbstverständlich.

Dieser ganze Streit der Theorien blieb natürlich auch nicht ohne Einfluß auf die Rechtsprechung, deren Einheitlichkeit infolgedessen litt.

Vgl. Rocholl a. a. O. S. 335—351, Becker im Jahrbuch XII S. 120, Bolze S. 149, Gierke, Jherings Jahrb. 35 S. 234 ff., ferner Windscheid-Kipp § 59 Anm. 10.

Sehen wir nun, ob das B.G.B. diese Streitfrage entscheidet.

Wir finden nun genaue Normen über die j. P., die Entscheidung aber, ob sie handlungsfähig ist, hat das B.G.B. nicht getroffen, hat sie vielmehr der Wissenschaft überlassen.

Die herrschende Meinung[26]) bejaht die Frage nach der Handlungsfähigkeit der j. P. Eine größere Anzahl aber verneint sie. Diese letztere von der Minderheit vertretene Ansicht dürfte aber die richtige sein. Sie scheint auch schon in den Motiven vertreten zu sein, wenn dort (S. 103) gesagt wird: „So zweifellos die Körperschaft an sich als willenloses Wesen nicht fähig sein kann, eine unerlaubte Handlung zu begehen, so zeigt doch die neuere Rechtsentwicklung die entschiedene Neigung, eine privatrechtliche Haftung der Körperschaft für die unerlaubten Handlungen ihrer Vertreter eintreten zu lassen."

Was führen nun im einzelnen die Verfechter der Ansicht, daß die j. P. handlungsfähig ist, für ihre Behauptung an?

Gierke (Rektoratsrede S. 12) sagt: „Der Wille und die Handlungsfähigkeit gilt uns als eine mit ihrer Persönlichkeit gegebene Wirklichkeit. Das Recht schreibt dem Verbande Persön-

---

26) Vgl. Cosack, Lehrb. I § 28 2, § 33 2. Endemann, Lehrb. I § 43 I 2. Enneccerus-Lehmann I S. 94. Rehbein B.G.B. I S. 45f., Anm. II 4a zu § 21—54. Riedel B.G.B. S. 73ff. Staudinger S. 89. Dagegen: Crome I § 48 Anm. 11 Goldmann-Lilienthal I S. 495. Broicher a. a. O. S. 208. Kuhlenbeck § 21 Anm. 1. Meurer S. 146. Matthiaß S. 107. Leonhard Allg. 7 S. 100f. Liszt, Delikttsobl. S. 109.

lichkeit zu. Somit muß er, gleich dem Individuum, eine leiblich-geistige Lebenseinheit sein, die wollen und das Gewollte in die Tat umsetzen kann."

Dasselbe etwa sagt Rehbein I S. 45 Anm. 4a zu §§ 21 bis 54. „Die Rechtsfähigkeit hätte ohne Handlungsfähigkeit keine Bedeutung."

Die j. P. soll also deshalb, weil sie rechtsfähig ist, auch handlungsfähig sein. Demgegenüber ist aber darauf hinzuweisen, daß das Recht verschiedene Fälle kennt, die diesem Schlusse widersprechen. So ist z. B. der Mensch mit der Geburt zwar rechtsfähig, Handlungsfähigkeit erlangt er aber erst (gem. § 104 B.G.B.) mit dem vollendeten 7. Lebensjahre.

Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit fallen demnach nicht zusammen, sondern sind im Gegenteil streng von einander zu trennen.

Was versteht nun das B.G.B. unter Rechts- und Handlungsfähigkeit?

Eine Antwort darauf gibt uns das Gesetz selbst nicht, denn dem „B.G.B. ist die Handlungsfähigkeit als allgemeiner Ausdruck fremd. Auch der Unterschied der Rechtsfähigkeit und der Rechtsausübungsfähigkeit ist nur stillschweigend anerkannt" [27]) (Leonhard, Allg. Teil, S. 70).

Hölder (I Anm. 1 zu § 1) sagt zutreffend: „Die Rechtsfähigkeit ist eine Möglichkeit, rechtliche Wirkungen zu erfahren, die Handlungsfähigkeit eine Möglichkeit, rechtliche Wirkungen zu erzeugen."

Handlungsfähigkeit, die Fähigkeit, nach Rechtssatz von den Folgen einer Handlung betroffen zu werden, setzt voraus die Fähigkeit, zu wollen. Kann nun die juristische Person wirklich wollen? Mit Recht bezeichnet Goldmann-Lilienthal (Bd. I S. 49 f. Anm. 15) den Streit um diese Frage als „eine merkwürdige Kontroverse". „Darüber, ob z. B. ein Krankenhaus,

27) Vgl. Eck, Vortr. 177. Leonhard a. a. O. S. 270. Dernburg Pand. I § 49.

ein Waisenhaus, eine Altersversorgungsanstalt einen Willen haben kann oder nicht, sollten Zweifel kaum möglich sein."

Wollen kann nur ein natürliches Geschöpf, nicht aber ein Rechtsgeschöpf, ein Wesen, das vom Recht geschaffen ist, wie die juristische Person. „Uns [28]) offenbart sich das Leben der j. P. lediglich in den ihr angehörigen Individuen, ohne daß wir in diesen Erscheinungen das Ding an sich, die organisierte Einheit erblicken. Soll daher die Korporation wollen, so will in jedem Falle immer nur ein in bestimmter Beziehung zu ihr stehendes Individuum, und nur die Autorität der Rechtsordnung ist es, welche diesem Einzelwillen in bestimmter Begrenzung für den Willen der Korporation erklärt."

Die Willensfähigkeit der juristischen Person und damit die Handlungs- und Deliktsfähigkeit muß demnach verneint werden.

Kehren wir nach Beantwortung dieser Vorfrage zurück zu unserem Ausgangspunkt. Die dort aufgeworfene Frage lautet: „Sind die in § 31 B.G.B. angeführten Vertreter Vertreter im Rechtssinne?"

Wir müssen diese, von der herrschenden Meinung allerdings verneinte Frage bejahen.

Die herrschende Meinung und die des R.G. sieht in den Vereinsorganen etwas anderes als Vertreter. „Der Organbegriff" soll nach dieser Theorie „ein Rechtsbegriff eigener Art sein, welcher im Individualrecht kein Vorbild habe". Das R.G. definiert den Begriff dahin: „Organ ist jeder, dessen Wille an Stelle des Willens eines anderen maßgebend ist" (R.G. 27. Februar 1900, Recht 1900 S. 214, 17. Juli 1900, Entsch. 47, 328).

Der Unterschied zwischen Organschaft und Stellvertretung [29])

---

28) Klingmüller Haft S. 19.

29) Gierke, Rechtsanwalt S. 25. Crome § 48 Anm. 11. Dernburg § 66 II/III. Cosak § 33 I 1. Endemann I S. 207 § 39. Enneccerus-Lehmann I S. 89 § 96 III 1. Wäntig S. 3. Nölbecke S. 775. Oertmann S. 100. Eck S. 87. Kohler S. 333. Laband Arch. f. z. Pr. 73 187. Karlowa Grünh. Ztschr. 15 420. Regelsberger Pand. § 82. Linkelmann S. 116. Brückner S. 340. Blau S. 4. Neuerdings: Rosenberg, Stellvertr. im Prozeß, Berlin 1909 S. 538 Note 1.

soll nach dieser Ansicht in folgendem liegen (Laband, Arch. f. z. Pr., Bd. 73 S. 187): „Die Rechtshandlungen des Vertreters sind zwar seine eigenen Handlungen, aber sie haben Wirkungen, als wären sie Handlungen des Vertretenen. Bei der Vertretung in Organschaft dagegen handelt die juristische Person selbst und unmittelbar. Ihr Vorstand tritt nicht als ein von ihr verschiedenes Rechtssubjekt dem Dritten gegenüber, sondern die juristische Person handelt durch ihn. Sie bedient sich desselben, wie sich die physische Person des Mundes und der Hand zur Abgabe von Willenserklärungen bedient."

Die Vertreter der Organtheorie stehen also auf dem Standpunkt, daß die j. P. durch ihre Organe handlungsfähig sei; daß sie aber in der Tat nicht handlungsfähig ist, haben wir schon vorher dargelegt.

Sollte nun aber die Organtheorie, deren Hauptvertreter Gierke bei der Erklärung des Wesens der j. P. so entschieden die Zuhilfenahme einer Fiktion bekämpft, sich nicht selbst bei der Organlehre einer Fiktion bedienen.

Wenn gesagt wird, die j. P. handele durch ihre Organe, gleichwie der Mensch durch seine Gliedmaßen, der Wille der Organe sei der Wille der j. P., so wird eben nichts anderes als eine Fiktion zu Hilfe genommen. In Wirklichkeit liegt doch bei einer Handlung eines sogenannten Organs nicht eine Handlung einer anderen Person, sondern nur eben eine des betreffenden Organs vor, die nach der Theorie als Handlung der j. P. nur „gelten" soll.

Dies muß auch von Anhängern der organischen Theorie zugestanden werden, wenn sie neben der Haftung der j. P. noch eine Individualhaftung des Organs annehmen.

So sagt z. B. Oertmann (Anm. 6 zu § 31 S. 118): „Durch die Haftung des Vereins wird die persönliche Haftung des schädigenden Vereinsorgans natürlich nicht beeinträchtigt. Denn daß er als Organ handelte, sein Tun als das Tun des Vereins gilt, schließt nicht aus, daß er tatsächlich doch immerhin auch persönlich gehandelt und dafür nach Maßgabe der allgemeinen

Vorschriften haften muß (s. Rohmberg, a. a. O. S. 104, 109, ebenso R.G. Entsch. 28 Nr. 54 S. 242).

„In solchen Fällen haften der Verein und das schuldige Organ nach außen als Gesamtschuldner."

Wie schwer es Oertmann wurde, dies Zugeständnis zu machen, daß „tatsächlich doch immerhin auch persönlich gehandelt" wird seitens des Organs, zeigt sich schon äußerlich in dem merkwürdig gewundenen Ausdruck: „tatsächlich doch immerhin auch". Er ist sich offenbar bewußt, daß er damit der gegnerischen Ansicht, die hier ein Stellvertretungsverhältnis annimmt, ein Zugeständnis macht. Konsequenterweise müßte doch seitens des Vertreters der organischen Theorie eine Individualhaftung des Organs verneint werden, denn sie behaupten doch, daß die j. P. durch das Organ handle.

Diese hier angenommene Individualhaftung bezw. Gesamthaftung entspricht aber völlig den Grundsätzen für die Haftung des Vertretenen für seine Stellvertreter, wie sie schon im ersten Teile der Abhandlung dargelegt wurde.

Somit ist wieder ein Beweis mehr dafür erbracht, daß es sich bei dem Handeln des Organs um Stellvertretung handelt.

Wir hatten vorher im Gegensatz zu Gierke und seinen Anhängern nachgewiesen, daß die j. P. handlungsunfähig ist. Wie anders als durch Vertreter kann sie denn dann am Rechtsleben teilnehmen?

Schon die Motive weisen auf diese hier vertretene Ansicht hin, wenn dort (Bd. I S. 102 zu § 31) gesagt wird: „Zur Begründung der Haftbarkeit hat man mit Recht darauf verwiesen, daß, wenn die Körperschaft durch die Vertretung die Möglichkeit gewinne, im Rechtsverkehr handelnd aufzutreten, ihr auch angesonnen werden müsse, die Nachteile zu tragen, welche die künstlich gewährte Vertretung mit sich bringe, ohne daß sie in der Lage sei, Dritte auf den häufig unergiebigen Weg der Belangung des Vertreters zu verweisen" [30]).

---

30) Klingmüller (Leonh. Stud.) III S. 1ff. D.J.Z. 1902 S. 270. Broicher a. a. O. S. 212. Goldmann-Lilienthal I Anm. 17 zu 15. Westmann (Leonh. Stud.) XI S. 14.

Es soll also eine an sich nicht gegebene Haftung der Körperschaft für ihre Vertreter bei außerkontraktlichem Verschulden statuiert werden. Einer solchen Norm hätte es aber garnicht bedurft, wenn man die j. P. als willensfähig und den Vorstand als Organ ansieht, dessen Handlungen Handlungen der j. P. sind, denn dann wäre ganz natürlich eine Haftung für eigenes Verschulden anzunehmen. Da aber erst eine solche Haftungsnorm geschaffen wurde, ist eher anzunehmen, daß hier eben eine Ausnahme von der regelmäßigen Haftung für eigenes Verschulden, eine Haftung für fremdes Verschulden vorliegt, nämlich eine Haftung des Vertretenen für den Vertreter.

Auch aus dem Wortlaut des B.G.B. selbst kann man schließen, daß wirklich Stellvertretung vorliegt. § 26_2 spricht vom „Vorstand, der den Verein vertritt, vom Umfang der Vertretungsmacht ist weiterhin die Rede[31]). § 30 läßt Vertreter neben dem Vorstande zu. Es werden ferner die Grenzen der Vertretungsmacht eines solchen Vertreters festgestellt. § 31 handelt von „verfassungsmäßig berufenen Vertretern".

Sollte das B.G.B., das wenige Paragraphen später die Stellvertretungslehre behandelt, in allen diesen Fällen nicht von Vertretern im Rechtssinne, sondern von Vertretern „im Sinne solcher Personen, die eine Angelegenheit nicht als die ihrige besorgen", wie Hölder meint, sprechen[32])?

Weit eher ist man geneigt zu der Annahme, daß das B.G.B. im § 32 den Ausdruck Vereinsorgan, der sich auf die besonderen Vertreter des § 30 bezieht, nicht im technischen Sinne gebraucht, wobei auch noch zu erwähnen ist, daß diese mißverständliche Anwendung des Ausdrucks „Vereinsorgan" nur durch die Redaktionskommission in das Gesetz hineingekommen ist. Dasselbe gilt von § 45 Abs. 2 S. 1 (Prot. I S. 540 unter 4 a, 542—543)[33]).

Wenn ferner von den Anhängern der Organtheorie darauf hingewiesen wird, daß die ursprüngliche Fassung des Entwurfes

31) Altmann, Deutsch. Vereinsr. S. 109.
32) Hölder S. 147. Broicher S. 214.
33) Vgl. Prot. I S. 525 Nr. 3 S. 526.

(I § 44): „der Vorstand ist der gesetzliche Vertreter", im Gesetze selbst „in die Worte, der Vorstand hat die Stellung des gesetzlichen Vertreters" verändert ist, und dies als Beweis dafür angeführt wird, daß sich das B.G.B. gegen die Annahme, daß Stellvertretung im Rechtssinne vorliege, entschieden habe, so ist demgegenüber darauf hinzuweisen, daß trotz dieser veränderten Fassung doch Organtheorie und Gesetz nicht in Einklang zu bringen sind.

Es wird im Gesetz gesagt, die Normen über gesetzliche Vertretung sollen auf die sogenannten Organe Anwendung finden. Nach der Organtheorie ist aber doch ein stellvertretendes Handeln der Organe nicht möglich, da ja die Handlung der Organe Handlungen der j. P. sind.

Wie wenig vereinbar mit der Organtheorie ist ferner die Bestimmung des § 27 B.G.B. Abs. 3, der besagt, daß auf die Geschäftsführung des Vorstandes die für den Auftrag geltenden Vorschriften Anwendung findet. Damit ist doch offensichtlich erwiesen, daß bei einer Handlung im Bereich der Geschäftsführung des Vorstandes nicht nur eine Person, nämlich die j. P., selbsttätig wird, sondern daß zwei Personen vorhanden sind, die auftraggebende j. P. und der beauftragte Vorstand.

Dasselbe ist aus der Anwendbarkeit des § 181 B.G.B. auf den Vorstand zu schließen [34]). Demgemäß kann der Vorstand im Namen der j. P. mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft abschließen, soweit es in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

„Will [35]) demnach der Vorstand z. B. einen Kauf abschließen, so muß für den Verein ein besonderer Vertreter bestellt werden. In diesem Falle hat also der Vorstand dem Verein gegenüber die Stllung eines Dritten. Dies wäre unvereinbar mit der Annahme, daß der Vorstand nur ein unselbständiges Vereinsorgan sei." Soweit nach § 181 ein Selbstkontrahieren des Vertreters ausnahmsweise zulässig ist, ergibt sich auch hieraus, daß der Vor-

34) Vgl. Prot. I S. 519 520.
35) Altmann S. 109. Westmann S. 22.

stand dem Verein gegenüber eine selbständige Person, und daß daher ein wahres Vertretungsverhältnis anzunehmen ist" (Broicher S. 214, Goldmann-Lilienthal I § 15 Anm. 17).

Nach diesen Ausführungen dürfte es wohl als erwiesen zu erachten sein, daß es sich bei den Organen der j. P. wirklich um Vertreter im Rechtssinne handelt. *Organe sind also nichts anderes, als eine Abart von Vertretern.*

Die Bezeichnung „Organ", welche schon lange als technischer Ausdruck geprägt ist, dürfte sich empfehlen, beizubehalten, denn in „der Tat steht", um mit Gierke[36]) zu sprechen, „unserer Rechtssprache schlechthin nur dieses und kein anderes Wort zur Verfügung, sobald es sich darum handelt, den gemeinschaftlichen Begriff auszudrücken, unter welchen bei allen Verbandspersonen die noch so ungleichartig eingerichteten Oberhäupter usw. gleichmäßig fallen".

Nachdem so festgestellt ist, daß es sich im § 31 um Stellvertreter im Rechtssinne handelt, die hier aufgestellte Haftungsnorm der j. P. für ihre Vertreter also in den Rahmen dieser Abhandlung fällt, soll nun des Näheren auf die Bestimmungen des genannten Paragraphen eingegangen werden und im einzelnen die Fragen erörtert werden, für welche Personen und in welchem Umfange für deren Handlungen gehaftet wird. Auch ohne die Spezialbestimmung des § 31 müßte die j. P. für rechtswidriges Verhalten ihrer Vertreter ebenso wie die natürliche Person gemäß § 831 haften. Daß der § 31 noch für die j. P. eine besondere, und zwar, wie wir sehen werden, eine weitgehendere Haftung als wie in § 831 für Handlungen der Vertreter aufstellt, beruht auf Zweckmäßigkeitsgründen.

Gehen wir nun zunächst näher ein auf die zuerst aufgeworfene Frage, *für wen* die j. P. haftet.

§ 31 besagt, daß für den Schaden gehaftet wird, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßiger Vertreter verursacht. Wer Vorstand oder Mit-

36) Gierke, Gen. R. S. 614 1.

glied des Vorstandes einer j. P. ist, diese Frage dürfte unter Hinzuziehung von § 26 B.G.B. stets beantwortet werden können. Anders aber steht es mit der Frage, wer zu den anderen verfassungsmäßig berufenen Vertretern gehört [37]).

Ursprünglich [38]) war beabsichtigt, allen Angestellten der j. P. diese Vertretereigenschaft beizulegen, dann sollte sie sich nur auf den Vorstand oder ein Mitglied des Vorstandes sich erstrecken, schließlich wurde die Bestimmung in der Form des § 31 Gesetz. Nur für „verfassungsgemäß" berufene Vertreter haftet die j. P., also für solche Personen, „die im Rahmen der Verbandsorganisation" zum Vertreter berufen sind [39]).

Nur diejenigen Vertreter sind hierzu zu rechnen, „die in einer nicht bloß vorübergehenden Beziehung zu dem Organismus der j. P. stehen, denen verfassungsgemäß eine selbständige, unbeaufsichtigte, für die Zwecke der Körperschaft erforderliche Geschäftsführung zusteht" (Klingmüller S. 43).

Von vornherein scheiden also die Personen aus, die nicht durch die Verfassung, sondern durch Auftrag oder Vollmacht eines dazu berechtigten Organs ihre Vertretungsmacht erhalten haben. Auf diese sind die Normen des im ersten Teil der Abhandlung behandelten § 831 zur Anwendung zu bringen [40]).

Nur die in ihrer Geschäftsführung unbeaufsichtigten „Spitzen" der Vereinsverwaltung [41]) sind es, für die eine besondere Haftungsnorm aufgestellt werden mußte, denn sie sind eine Besonderheit der j. P., unbekannt bei der Vermögensverwaltung des einzelnen [42]).

Daß für diese die j. P. haftet, ist, wie Klingmüller

37) Meurer a. a. O. S. 148ff.

38) Motiv I S. 102. Prot. S. 523.

39) Gierke, Gutachten S. 111ff. Endemann § 44 Anm. 20. Kohler S. 335. Klingmüller D.J.Z. 1902 270 und a. a. O. S. 43. Ferner R.G.E. 11. VII. 07 (497/06) Naumburg. Bayr. Z. 1907 434.

40) Korn, Festgabe für Wilke S. 181.

41) S. Leonhard a. a. O. S. 122. Klingmüller a. a. O. S. 43.

42) Vgl. R.O.L.G. 14 2., Celle 8. I. 06.

mit Recht ausführt, nur folgerichtig; diese Haftung auch auf andere Vertreter auszudehnen, fehlt es an einem zureichenden Grunde [43]).

Eine weitergehende Meinung, wie sie z. B. Rhomberg (Körpersch. Verschulden S. 22) vertritt, ist demnach zu verwerfen [44]).

Eine allgemein gültige, sichere Entscheidung für die Frage, ob die handelnde Person „verfassungsgemäß berufenes" Organ ist, oder zu den bloßen Angestellten zu rechnen ist, kann allgemein nur im obigen Sinne gegeben werden.

Immer wird die Sachlage des Einzelfalls zu berücksichtigen und zu prüfen sein, ob die betreffende Person innerhalb ihres Wirkungskreises verfassungsgemäß zur Vertretung berufen ist.

Es sei hier auf folgende Entscheidungen hingewiesen:

R.G. 27 II. 1900. Recht 1900 S. 214.
R.G. 5. Okt. 1903. J.W. 1903, Beil. 117 (Stationsvorsteher).
R.G. 21. Sept. 1905. Recht 9 616 (Stationsvorsteher).
R.G. 24. Mai 1905. Säch. Arch. 1 7 (Eisenbahn-Stationsassistent).
R.G. 1. Okt. 1906. J.W. 06 706. D.J.Z. 11 1373 (Postassistent).
R.O.L.G. 14. 2. Celle 8. I. 1906 (Postillon).
R.G. 10. Okt. 1904. J.W. 1904, S. 548 (Kgl. preuß. Oberförster).
R.G. 29. Juni 1903. Ent. Bd. 55 S. 229 (Bahnmeister).
R.G. 19. Febr. 1904. J.W. 1904 S. 165 Ent. 57 S. 93 (Hausmeister des Postgebäudes).
R.G. 22. Juni 1903. J.W. 1903 S. 92 (Motorwagenführer).
R.G. 22. Mai 1905. D.J.Z. 1905 699.
K.G. 29. Okt. 1904. Recht 8 628.
R.G. 5. Juni 1905. J.W. 1905 487.
E. München 21. Jan. 1905. Bayr. Z. 1 244 (Distriktsausschuß).
E. Stuttgardt 10. Juli 1903. Württ. J. 19 (Straßenwärter).
E. Stuttgardt 2. Okt. 1903 Württ. J. 24 (Straßenwärter).
E. Kassel 23. Okt. 05. R.O.L.G. 12 111 (Straßenmeister).
R.G. 9. Nov. 05. Recht 10 46; J.W. 06 8; R.G.E. Bd. 62 31; D.J.Z. 06 201 (Kreisbaumeister).

43) Vgl. u. a. R.G.E. 62 S. 11. Seuffert Bd. 54 Nr. 234.
44) Vgl. ferner Brückner a. a. O. S. 20 2a.

R.G. 2. Juli 1906. J.W. 1906 539 (Städt. Baurat).
R.G. 2. Juli 1906. Recht 10 1001 (Städt. Baurat).
R.G. 10. Okt. 1907. Recht 11 Nr. 3436 (Bauaufsichtsbeamter).
R.G. 24. Juni 1907. Recht 11 2242 (Baudeputation).
R.G. 29. Februar 1908. Recht 12 1322. J.W. 1908 269. Sächs. Arch. 3 245 (Stadtbauingenieur).
R.G. V 21. Dez. 1907 (271/07) [Kölu 23. III. 07]. Soergel, Rechtsschr. 1908 S. 5 (Vorstand des städt. Bauamts).
E. Rostock 16. Mai 1906. Recht 10 746 (Zwangslotse).
E. Rostock 16. Mai 1906. D.J.Z. 1907 135 (Zwangslotse).
R.G. 8. Juni 1907. Recht 11 Nr. 2666. Holdh. Mtsch. 16 299. Leipz. Z. 1 830.
R.G. 21. Mai 1908. Recht 12 2450 (Prokurist einer G. m. b. H. 16 12 Ztschr. f. Aktieng.).
R.G. 27. Mai 1908. Recht 12 2528. J.W. 08 473. Z.Akt.G. 15 272. R.G. Ent. Bd. 68 429.

Eine weitere Voraussetzung der Haftung der j. P. ist es, daß der verfassungmäßig berufene Vertreter „*in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung*" einem Dritten einen Schaden zufügt.

Der Ausdruck „Verrichtung" [45]) wird ebenso wie in dem § 831, auf den wir bei Behandlung der Haftung der natürlichen Person näher eingegangen sind, auch hier im weitesten Sinne verstanden werden müssen, nicht nur rechtsgeschäftliche Handlungen, wie nach dem I. Entwurf (§ 46), sondern auch tatsächliches Verhalten fällt unter den Begriff Verrichtung [46]). Liegt nun aber ein stellvertretendes Handeln vor, wenn tatsächliches Handeln in Frage steht? Nach unserer Definition von Stellvertretung, wonach diese nur die Vertretung in Rechtsgeschäften umfaßt, muß diese Frage verneint werden. Die Haftung der j. P. tritt demnach nicht nur dann ein, wenn ein Vertreter derselben in seiner Vertretereigenschaft Rechtsgeschäfte abschließt — nur insoweit ist er ja Vertreter im Rechtssinne —, sondern auch, wenn ein solcher

45) Vgl. *Oertmann* I S. 117. *Planck* I Anm. 3 zu § 31. *Fischer-Heule* Anm. 3 zu § 31.

46) S. die herrschende Meinung. *Hellmann* S. 17. *Hölder* Nr. 2b. Leuel, Planck a. a. O. R.G.E. 57 Nr. 21 S. 94. J.W. 1904 232.

Vertreter z. B. als Erfüllungsgehülfe rein tatsächliche Handlungen verrichtet. Die Bezeichnung Vertreter kann bei der Bestimmung des Begriffs Verrichtung nicht allein maßgebend sein, und den Schluß zu ziehen, daß hier unter Verrichtung nur die Vornahme rechtsgeschäftlicher Handlungen zu verstehen sei, wäre verfehlt.

Ähnlich ist es ja auch in § 278, wo der gesetzliche Vertreter nicht in seiner Eigenschaft als Vertreter im Rechtssinne, sondern als Erfüllungsgehülfe auftritt.

Daraus nun, daß auch für tatsächliches Handeln der Vertreter gem. § 31 gehaftet wird, zu folgern, wie es u. a. z. B. Fußhöller a. a. O. es tut, daß es sich hier in § 31 überhaupt nicht um Vertreter im Rechtssinne handle, dem kann nicht beigepflichtet werden.

Daß auch für solches Handeln der verfassungsmäßig berufenen Vertreter gehaftet wird, resultiert nicht aus dem Stellvertretungsverhältnis zwischen juristischer Person und Vertreter, sondern ist aus Zweckmäßigkeitsgründen statuiert worden. „Es ist nur recht und billig, wenn die mit Rechtsfähigkeit ausgestatteten juristischen Personen bei dem Aufschwung der industriellen Entwicklung und damit ihrer wirtschaftlichen Kräftigung auch für solches Verhalten ihrer Vertreter haften, denn bei solchen Unternehmungen kann oft bei Anwendung der größten Vorsicht eine Gefahr für Dritte nicht vollständig vermieden werden“ [47]).

Daß also von dem, wie im Teil I dieser Abhandlung dargelegt ist, im B.G.B. aufgestellten Grundsatze des Haftens für eigenes Verschulden hier eine Ausnahme gemacht wird und eine Haftung für fremdes statuiert, muß demnach als völlig berechtigt erscheinen.

Eine Haftung aber für Handlungen der Vertreter, die nur gelegentlich einer solchen Verrichtung vorgenommen werden, muß hier im § 31 ebenso, wie es beim § 831 der Fall war, entschieden bestritten werden. Es möge hier ein Hinweis auf die

47) Vgl. Klingmüller a. a. O. S. 30. Löning a. a. O S. 87ff.

betreffenden Ausführungen in Teil I dieser Abhandlung genügen [48]).

Die schädigende Handlung muß also in den Kreis derjenigen Verrichtungen gehören, welche die Ausführungen der Verrichtung darstellen.

Die Handlung des Vertreters braucht ferner nicht widerrechtlich sein im Sinne von §§ 823 ff. B.G.B., wie es ursprünglich Entwurf I § 46 verlangte, um eine Haftpflicht der juristischen Person zu begründen; es genügt, daß sie eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung ist.

Es können dies sogar völlig rechtmäßige Handlungen sein [49]), sofern nur das Gesetz, wie in den §§ 228 2, 231, 904 B.G.B. zum Schadensersatz verpflichtet.

Die Handlungen können auch ebenso wie in einem Tun auch in einem Unterlassen bestehen, z. B. § 286 [50]).

Die juristische Person soll also keinesfalls besser gestellt sein, wie die natürliche Person, aber auch nicht schlechter. Demnach wird auch, um die j. P. verantwortlich zu machen, das Organ seinerseits die subjektiven Voraussetzungen der Haftung erfüllen müssen [51]).

Die Handlung des Vertreters der j. P. muß ferner in Ausführung der ihm verfassungsgemäß zustehenden Verrichtungen begangen sein, damit sie eine Haftung der j. P. begründe.

Nur wenn und insoweit der Vertreter im Rahmen der Verfassung Handlungen vornimmt, von denen er annimmt, daß sie ihm zustehen, haftet die j. P.[52]), glaubt er zu der betreffenden

48) Vgl. auch Reinecke, Haftung der j. P. für ihre Vertr. und Gehilfen S. 44; ferner R.G.E. Bd. 24 S. 334.

49) Vgl. Planck § 31 § 32. Eck Vort. 30.

50) Vgl. Dernburg II S. 617. Windscheid I S. 274.

51) Endemann § 44 Anm. 19. Goldmann S. 81. Fischer-Henle Anm. 5 zu § 31. Oertmann Anm. 4f β zu § 31.

52) Leonhard S. 129. Klingmüller S. 12 33ff. Levy a. a. O. S. 37. Leuel S. 10 Sp. 2 und die dort ang. Beisp.

Handlung nicht befugt zu sein, so liegt eigenes, nicht stellvertretendes Handeln vor, für das er allein haftet, nicht die j. P.

Ein Handeln, für das die juristische Person haftet, wird also dann vorliegen, wenn der Vertreter die ihm durch den Korporationszweck gebotenen Verrichtungen schlecht oder fehlerhaft ausführt. Zu einem Delikt selbst wird ihn ja nie die Verfassung der j. P. ermächtigen. Es kommt also immer nur darauf an, ob die betreffende Handlung ihrer Art nach in den Kreis der dem Vertreter zukommenden Obliegenheiten hineinfällt [53]).

Die hier dargelegte Haftung der juristischen Person gemäß § 31 B.G.B. beschränkt sich aber nur auf die Handlungen ihrer verfassungsmäßigen Vertreter, erstreckt sich also nicht auf die Handlungen der Substituten derselben.

Unter Umständen allerdings wird auch für diese gehaftet werden müssen, wenn neben dem Tatbestand des § 31 der des § 831 vorliegt, mit anderen Worten, wenn der verfassungsmäßig bestellte Vertreter der j. P. bei der Auswahl des von ihm bestellten Substituten nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. In diesem Falle haftet prinzipiell der verfassungsmäßig bestellte Vertreter, in zweiter Linie aber auch, vorausgesetzt, daß die anderen Bedingungen des § 31 vorliegen, die juristische Person; denn in diesem Falle handelt es sich um eine zum Schadenersatz verpflichtende Handlung des Vertreters, für die die juristische Person gemäß § 31 einzustehen hat.

Zuweilen wird es bei Substituten aber garnicht der Hinzuziehung des § 831 bedürfen, um eine Haftungsverbindlichkeit der j. P. zu begründen. Wenn in der Satzung schon die Bestellung von Substituten vorgesehen ist, so sind diese selbst als verfassungsgemäß bestellte Vertreter im Sinne von § 31 anzusehen, und die juristische Person haftet für ihr Handeln im Umfange des genannten Paragraphen.

Betrachten wir zum Schluß die Haftung der juristischen Person unter dem Gesichtspunkte von dolus und culpa auf seiten des Vertreters.

---

53) Vgl. Linckelmann a. a. O. S. 117 und Teil I dieser Abhandl.

Nach der herrschenden Meinung[54]) soll die juristische Person sowohl für dolus, als auch für culpa ihrer Vertreter haften, ohne Unterschied, ob es sich um Kontraktsverhältnisse oder außerkontraktliche Verhältnisse handelt.

„Diese Haftung soll darauf beruhen, daß sie das Äquivalent für die erweiterte Rechtsfähigkeit ist, durch Vertreter Rechtsgeschäfte abzuschließen“[55]).

Eine solche „erweiterte Rechtsfähigkeit“ besitzt aber auch die natürliche Person, auch sie kann durch Vertreter handeln; trotzdem besteht für sie keine weite Haftpflicht für Verhalten ihrer Vertreter (wie im Teil I der Abhandlung dargelegt ist).

Veranlassung zu der Annahme einer so weitgehenden Haftpflicht der juristischen Person mag der Wortlaut des § 31 gegeben haben, wonach die juristische Person für den Schaden verantwortlich ist, den die verfassungsmäßig berufenen Vertreter durch eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung zugefügt haben. Dabei ist nichts von schuldhaftem und fahrlässigem Handeln gesagt. Immerhin soll es sich aber nur um solchen Schaden handeln, der durch eine in Ausführung der zustehenden Verrichtung begangene Handlung verübt ist. Daß hierunter Handeln gelegentlich der Ausführung der Verrichtung nicht fällt, ist schon vorher ausführlich dargelegt; ebenso sind wir aber in Teil I der Abhandlung zu dem Schluß gekommen, daß dolloses Verhalten stets als bei Gelegenheit der Verrichtung an den Tag gelegt gilt.

Es sei hier auf die ausführliche Begründung a. a. O. verwiesen. (S. 44 d. Abh.)

Es liegt nun kein Grund vor, hier bei der Haftungsnorm der juristischen Person bei gleichem Wortlaut des Gesetzes anders zu interpretieren.

---

54) Klingmüller a. a. O. S. 41ff., S. 44. Löning S. 62. Fußhöller S. 30. Rohmberg S. 30.

55) Fußhöller S. 29.

Wir kommen also zu dem Schluß, daß auch die juristische Person ebenso wie die natürliche, ausgenommen in den vom Gesetz aus Billigkeitsgründen, wie in § 833 B.G.B. und ähnlichen Fällen, gemachten Ausnahmen im Prinzip nur für fahrlässiges Handeln ihrer Vertreter haftet.

Insofern gleicht die Haftungsnorm für die juristische Person der für die natürliche Person. Der juristischen Person steht aber nicht, wie der natürlichen, gemäß § 831 ein Exkulpationsbeweis zu, ein Beweis, daß sie bei der Auswahl ihrer Vertreter keine Schuld treffe.

Dadurch hat das B.G.B. von seinem Prinzip der allgemein gleichen Anwendbarkeit privatrechtlicher Grundsätze aus den schon erwähnten Zweckmäßigkeitsgründen eine Ausnahme zu Ungunsten der juristischen Person gemacht [56]).

Dadurch ist aber auch das in der Haftpflicht der natürlichen Person für ihre Vertreter zu Tage tretende Prinzip des Haftens für eigenes Verschulden in ein anderes umgewandelt, in eine Haftungsnorm für fremdes Verschulden.

Dies dürfte der Hauptunterschied sein zwischen der Haftpflicht der natürlichen Person und der der juristischen Person für rechtswidriges Verhalten ihrer Vertreter.

---

56) Klingmüller a. a. O. S. 51ff.

Lebenslauf.

Am 24. April 1883 wurde ich, Georg Mende, in Glatz als Sohn des städtischen Lehrers Franz Mende und seiner Ehefrau Anna, geb. Pfeiffer, geboren. Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehörigkeit.

Zu Ostern 1902 bestand ich an dem Gymnasium meiner Heimatsstadt die Reifeprüfung und bezog hierauf die Universität Breslau, um Rechts- und Staatswissenschaft zu studieren. Ich hörte Vorlesungen folgender Herren Professoren: Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Gretener, Heilborn, Klingmüller, Leonhard, H. Meyer, Schott und Wolff.

Am 28. November 1907 bestand ich am Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung und wurde zunächst dem Amtsgericht Falkenberg O./S., dann dem Landgericht Oppeln überwiesen. Seit Anfang Dezember 1909 bin ich bei der Kgl. Staatsanwaltschaft in Oppeln beschäftigt.

Am 21. Januar 1910 bestand ich das Rigorosum in Breslau.

Den Herren Professoren Dr. Schott und Dr. Leonhard spreche ich an dieser Stelle für ihren freundlichen Rat bei Abfassung dieser Arbeit meinen Dank aus.